



## **Abstract\***

*Por desgracia la tortura vuelve a estar de moda. Aunque se trata de una medida que se ha legitimado en el pasado para luchar contra el terrorismo, dicha cuestión ha reaparecido a raíz de los atentados del 11-S en países en los que la controversia parecía zanjada. En concreto, su debate es especialmente intenso en los EEUU, donde, además de discutirse el denominado “caso de ticking bomb”, ha sido habitual el uso de técnicas degradantes como método de castigo, en la denominada “guerra contra el terror”. En este trabajo, pues, se pretende poner de relieve el ayer y el hoy de esta práctica, y, sobre todo, analizar si en algunos supuestos la tortura podría justificarse con base en las eximentes genéricas del Derecho penal, especialmente, la legítima defensa.*

*Unfortunately nowadays torture is in again. Although it has been a measure justified in the past in order to fight against terrorism, this question has come back as a result of the 11-S attacks in countries where the controversy seemed settled. Particularly, the debate is especially intense in the USA, where the “ticking bomb scenario” is very controversial, and where cruel and degrading methods have been used as a punishment in the “war on terrorism”. In this paper, I pretend to explain the past and the present of this measure, and, above all, to analyze if torture could be justified in some scenarios based upon the exceptions regulated in the penal codes, specially, the exception of self-defence.*

*Foltern ist leider wieder in Mode. In der Vergangenheit wurde ein solches Vorgehen als eine für die Bekämpfung des Terrorismus gerechtfertigte Maßnahme angesehen. Und seit dem 11. September ist der Einsatz von Folter in Ländern wieder ein Thema, in denen die Debatte darüber schon abgeschlossen zu sein schien. Besonders intensiv wird in den USA diskutiert, wo die “ticking bomb”-Fälle ausgiebig als theoretische Modelle besprochen werden und wo bereits erniedrigende Techniken in dem sog. “Krieg gegen den Terror” als Bestrafung angewendet wurden. In dem Aufsatz wird die Ausübung dieser Praktiken heute und früher dargestellt und es wird grundsätzlich auf die Frage eingegangen, ob in manchen Fällen das Foltern durch die im Strafrecht vorgesehenen allgemeinen Rechtfertigungsgründe erfasst werden könnte, wobei insbesondere die Notwehr im Zentrum der Betrachtungen steht.*

*Title: Is it possible to torture in self-defence?*

*Titel: Ist es erlaubt, in Notwehr Dritter zu foltern?*

*Palabras clave: tortura, legítima defensa, pendiente resbaladiza, caso de la bomba de relojería o ticking bomb*

*Keywords: torture, exception of self-defence, slippery slope, ticking bomb scenario*

*Stichwörter: Folter, Notwehr, slippery-slope, ticking time bomb Konstellationen*

---

\* Mi más sincero agradecimiento a los miembros del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, así como a mis compañeros de la Universitat Pompeu Fabra, quienes discutieron este trabajo en el marco de sendos seminarios. Sin duda, sus observaciones han servido para enriquecerlo y mejorarlo

## *Sumario*

### **1. Pasado**

### **2. Presente: el debate en los EEUU. La cultura de esta práctica más allá del escenario de *ticking bomb***

#### **2.1. De los supuestos de *ticking bomb* a la creación de una cultura de la tortura**

#### **2.2. El uso de técnicas degradantes como método de castigo**

### **3. Futuro -y propuesta de solución-: ¿son de aplicación las causas de exención de la responsabilidad elaboradas por la teoría jurídica del delito en algunos supuestos de tortura?**

#### **3.1. El estado de necesidad justificante**

#### **3.2. La legítima defensa**

#### **3.3. El cumplimiento del deber y el ejercicio legítimo del deber, oficio o cargo**

#### **3.4. El estado de necesidad exculpante**

### **4. Conclusiones**

### **Bibliografía citada**

La tortura es una medida que se ha legitimado, en el pasado y en el presente, para luchar contra el terrorismo: por un lado, es sabido que tal práctica se ha usado por los gobiernos que más duramente han sufrido este lastre en las últimas décadas; y, por el otro, dicha cuestión ha reaparecido a raíz de los atentados del 11-S en países en los que la controversia parecía zanjada<sup>1</sup>. En concreto, su debate es especialmente intenso en los EEUU<sup>2</sup>, donde la Administración Bush, preocupada sobre la licitud de usar técnicas de interrogación severa prohibidas por el Derecho Internacional, comprendió la necesidad de establecer argumentos legales viables para legitimar tal manera de proceder. Así, desde 2001, oficiales del Gobierno redactaron distintos documentos justificando prácticas de interrogación coercitiva y tortura, compuestos por memorandos e informes y conocidos como “*the Torture Memos*”<sup>3</sup>. Además, saltó a la luz pública el uso de torturas y de tratos inhumanos y degradantes en la prisión iraquí de *Abu Ghraib* y en la base militar de Guantánamo<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?”, en CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Madrid, 2006, pp. 265-284.p. 269, pone de relieve que la justificación legal de la tortura está, tristemente, de moda, en países en los que creíamos que la discusión estaba ya cerrada hace tiempo. Y, es que, como indica DORFMAN, Ariel, “The Tyranny of Terror: is Torture Inevitable in Our Century and Beyond?”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 3-18, p. 5, dicha práctica está siendo contemplada como inevitable e, incluso, beneficiosa en países que se autodenominan democráticos y respetuosos con los derechos de sus ciudadanos.

<sup>2</sup> Como afirma DERSHOWITZ, Alan M., *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*, Madrid, 2004, p. 157, “antes del 11 de septiembre nadie pensaba que el tema de la tortura resurgiría como tema de debate serio en los EEUU”. En el mismo sentido, ELSHTAIN, Jean Bethke, “Reflections on the Problem of ‘Dirty Hands’”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 77-89, p. 77; y KREIMER, Seth F., “Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror”, en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 6, November 2003, pp. 278-325, p. 278. Así, aunque prácticas que pueden definirse como tortura fueron usadas en los EEUU desde el fin de la guerra civil hasta mediados de los años por detectives de la policía (véase SKOLNICK, Jerome H., “American Interrogation. From torture to trickery”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 105-127, pp. 105 ss.), los atentados del 11-S han conducido a reconsiderar medidas extremas para proteger a la nación, entre las que se incluye el uso de la tortura para obtener información de “sospechosos terroristas” (cfr. POSNER, Richard A., “Torture, Terrorism and Interrogation”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 291-298, p. 291). De este modo, dicha cuestión es una de las principales preocupaciones en este país desde los ataques al *World Trade Center* y al Pentágono.

<sup>3</sup> Publicados en GREENBERG, Karen J./DRATEL, Joshua L. (eds.), *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, New York, 2005.

<sup>4</sup> RAMSAY, Maureen, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, en *The International Journal of Human Rights*, vol. 10, nº 2, june 2006, pp. 103-119, pp. 104 ss., pone de relieve las evidencias documentales que demuestran como después del 11-S formas de tortura y otros maltratos se convirtieron en una práctica en el seno de la política americana. Sin embargo, una de las primeras actuaciones de la Administración Obama fue la firma de una Orden ejecutiva para asegurar que los interrogatorios a los detenidos cumplan con la más estricta legalidad. Así, revocó la Orden Ejecutiva 13440 de 20 de julio de 2007 que otorgaba amplias prerrogativas a la CIA (cfr. LARRIBA HINOJAR, Beatriz, “Crítica al empleo de interrogatorios y tortura para producir inteligencia frente al terrorismo”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, 2009, pp. 1-9, p. 5).

También en Alemania la doctrina se ha ocupado recientemente de la cuestión de la tortura a raíz del “caso Metzler-Gäfigen-Daschner”, sucedido en el año 2002<sup>5</sup>. En este supuesto, el director adjunto de la policía de Frankfurt am Main ordenó a un subordinado que, durante un interrogatorio, amenazase a un detenido, que había secuestrado a un niño de once años, con aplicarle violencia física si no revelaba el lugar donde éste se encontraba oculto<sup>6</sup>. Así, en diciembre de 2004 un tribunal de dicha ciudad alemana declaró culpables a ambos agentes: a Daschner por ordenar a un subordinado cometer un delito y por coacción (§§ 357 y 240 StGB), y a éste por coerción. Sin embargo, no se impusieron las penas, en virtud del § 59 StGB (aviso con reserva de pena) puesto que se consideró “que la evaluación integral de la conducta de los acusados y de sus personalidades demostraba que tal imposición de pena no era necesaria”<sup>7</sup>.

En este trabajo, pues, se pretende poner de relieve el ayer y el hoy de esta práctica, y, sobre todo, analizar si en algunos supuestos la tortura podría justificarse con base en las eximentes genéricas del Derecho penal, especialmente, la legítima defensa.

## 1. Pasado

En 1978, Aldo Moro, antiguo Primer Ministro de Italia, fue secuestrado por un grupo terrorista que amenazó con matarlo. Uno de los presuntos autores fue detenido y se planteó la posibilidad de torturarlo para obtener información. Como describe un sumario del caso, “un investigador de los servicios italianos de Seguridad propuso al general Carlo della Chiesa [de la policía del Estado] que se torturara al preso que parecía tener información sobre el caso”. Sin embargo, “el general rechazó la idea replicando: ‘Italia puede sobrevivir a la pérdida de Aldo Moro, pero no puede sobrevivir a la introducción de la tortura’”. Finalmente, los terroristas asesinaron a Moro<sup>8</sup>.

Ahora bien, aunque hay que calificar tal decisión como jurídicamente intachable, no ha sido ésta la opción acogida por otros gobiernos, sobre todo los que más de cerca han sufrido las consecuencias del terrorismo<sup>9</sup>. En concreto, en Israel, después de saltar a la luz

---

<sup>5</sup> Cfr. AMBOS, Kai, *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas a situaciones de emergencia*, Barcelona, 2009, pp. 22 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable”, en GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁZER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Madrid, 2008, pp. 949-973. pp. 950 ss.; GRECO, Luís, “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*”, en *InDret* 2/2007, pp. 1 ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 277-278.

<sup>6</sup> Resumen del caso expuesto por Eduardo Riggi, traductor del artículo de GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 5, con ulteriores referencias.

<sup>7</sup> Cfr. AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, p. 23.

<sup>8</sup> Episodio referido por DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 157.

<sup>9</sup> Así, GERSTEIN, Robert S., “¿Tienen derechos los terroristas?”, en RAPOPORT, David C., *La moral del terrorismo*, Barcelona, 1985, pp. 94-114, p. 102, explica que la tortura es una de las prácticas más utilizadas por los gobiernos contra el terrorismo; y LEVINSON, Sanford “‘Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The

pública que sus servicios de seguridad (*General Security Services*; GSS) habían usado la fuerza para interrogar a sospechosos de terrorismo, se formó en 1987 una comisión de investigación con el fin de clarificar su legalidad. Así, la conocida como *Landau Commission*<sup>10</sup> estableció que el uso de fuerza moderada por parte de los miembros de los GSS era permisible en virtud de un estado de necesidad (*necessity defence*) previsto en la ley penal, especialmente en los casos en los que podía servir para conocer los modos de organización de una banda armada o para prevenir un acto terrorista en estado de incubación. Según indicó, tal excepción no dependía de la inminencia del ataque a evitar sino de la comparación entre el daño causado (por el uso de la tortura) y el daño que (a raíz de actos terroristas) ocurriría más pronto o más tarde. De este modo, “la eufemísticamente denominada ‘presión física moderada’ en los interrogatorios, se convirtió en una práctica expresamente aceptada por directivas ministeriales sobre interrogatorios (pero no por una ley) en Israel”<sup>11</sup>.

En consecuencia, sobre la base del informe *Landau*, la policía, el ejército y los funcionarios de prisiones de Israel utilizaron prácticas constitutivas de tortura como método de interrogación contra **cinco mil** personas los tres primeros años siguientes, esto es, entre 1988 y 1990<sup>12</sup>. Es más, hasta 1999 se siguieron realizando cada año más de 850 interrogatorios con torturas a presos palestinos sospechosos de terrorismo, según informes de las ONGs<sup>13</sup>.

Ahora bien, la tortura se ha seguido practicando con posterioridad y hasta nuestros días en el país hebreo. En 1999, la Corte Suprema de Israel estableció, en su famoso pronunciamiento dictado el 6 de septiembre<sup>14</sup>, que la ley de su Estado no preveía explícitamente una autorización que permitiera a las GSS utilizar fuerza física como método de investigación. En consecuencia, dejó sin efectos el contenido establecido por la Comisión *Landau*. Sin embargo, tampoco impuso una prohibición absoluta de la tortura<sup>15</sup>.

---

Ban On Torture In The Wake of September 11”, en *Texas Law Review*, 81, June 2003, pp. 2.013-2.053, pp. 2.017 ss., pone de relieve la tensión existente entre la prohibición formal de la tortura y la práctica de algunos países.

<sup>10</sup> Sobre esta comisión, véanse DERSHOWITZ, Alan M., “Tortured reasoning”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 257-280, pp. 260 ss.; y, especialmente, GUR-ARYE, Miriam, “Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations? Reflections in Light of the Israeli Experience”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 183-198, pp. 183 ss.

<sup>11</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 271.

<sup>12</sup> Véase el informe elaborado por COHEN, Stanley/GOLAN, Darhan, “The interrogation of palestinians during the Intifada: ill-treatment, ‘moderate physical pressure’ or torture?”, *The Israeli Information Center for Human Rights in the occupied territories*, March, 1991, pp. 18 ss.

<sup>13</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 271.

<sup>14</sup> *Public Committee against Torture in Israel and Others v. The State of Israel, The General Security Services and Others*. El texto completo de esta resolución puede leerse en SUPREME COURT OF ISRAEL, “Judgment Concerning the Legality of the General Security Service’s Interrogation Methods [September 6, 1999]”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 165-181.

<sup>15</sup> Critican esta resolución por tal motivo: COHEN, Barak, “Democracy and the Mis-Rule of Law: The Israeli Legal System’s Failure to Prevent Torture in the Occupied Territories”, en *Indiana International and Comparative Law Review*, 12, 2001, pp. 75-105, p. 75; GUR-ARYE, “Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?”, pp. 186-187; KREMNITZER, Mordechai/SEGEV, Re’em, “The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?”, en *Israel Law*

Por el contrario, determinó que los miembros de los servicios de seguridad debían quedar exentos de pena si creían honestamente que un “interrogatorio tosco” era necesario para salvar vidas en un supuesto de peligro inminente. De este modo, al igual que aquella Comisión, el Tribunal basó su argumento en la excepción de la necesidad, si bien la entendió en un sentido de inmediatez y a constatar *ex post*<sup>16</sup>, es decir, si un investigador de las GSS fuera criminalmente acusado, dicha excepción podría serle aplicada en caso de cumplirse los requisitos establecidos en la ley penal. Así, en los últimos años, Israel ha admitido abiertamente que los miembros de sus servicios de seguridad emplean métodos de interrogación “excepcionales” y “presión física” contra los palestinos detenidos en las llamadas “situaciones de *ticking bomb*”<sup>17</sup>.

También en el Reino Unido, se usaron procedimientos de privación sensorial en interrogatorios de sospechosos del IRA. A dichos detenidos “se les ponía una capucha, se los sometía a un ruido monótono continuo, se los privaba de alimentos y de sueño, y se les hacía estar de cara a la pared y sin apoyarse durante largo tiempo”<sup>18</sup>.

Por último, el recurso a la tortura no se encuentra entre las prácticas que en España se legitimen, ni doctrinal, ni política, ni judicialmente, para combatir el terrorismo, aunque lo que sucede en la realidad no está del todo claro. Por un lado, han sido continuas a lo largo de las últimas décadas las denuncias por parte de etarras –sobre todo, incomunicados<sup>19</sup>– por los cuerpos de seguridad. En este sentido, en octubre de 2009, la Comisión Internacional de Juristas, en sus consideraciones para el Comité contra la Tortura, puso de relieve que existen informes fiables sobre el uso de torturas y tratos degradantes por parte de las autoridades españolas<sup>20</sup>. Pese a ello, no se ha encontrado ninguna sentencia en España que condene a la autoridad o a funcionarios públicos por torturar a presos o

---

*Review*, 34, Fall 2000, pp. 509-559, pp. 522 ss.; y MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 271.

<sup>16</sup> Los argumentos sobre la excepción de la “necesidad” se encuentran en SUPREME COURT OF ISRAEL, “Judgment Concerning the Legality of the General Security Service’s Interrogation Methods [September 6, 1999]”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, pp. 177 ss.

<sup>17</sup> Véase el informe elaborado por LEIN, Yehezkel, “Absolute Prohibition. The Torture and Ill-treatment of Palestinian Detainees”, The Israeli Information Center for Human Rights in the occupied territories, May, 2007, pp. 5, 6 y 12 ss.

<sup>18</sup> Cfr. GERSTEIN, “¿Tienen derechos los terroristas?”, p. 104; SKOLNICK, “American Interrogation”, pp. 110-111; y los informes Crompton y Diplick sobre las indagaciones de brutalidad física realizadas por las fuerzas de seguridad en Irlanda del Norte, originadas por los sucesos de 9 de agosto de 1971, documento nº 4.823, 1971, pp. 15-17.

<sup>19</sup> En virtud del art. 509 LECrim, las personas integradas o relacionadas con bandas armadas pueden estar incomunicadas un máximo de 13 días (véase, con más detalle, LLOBET ANGLÍ, *Derecho Penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid, 2010, pp. 202-204).

<sup>20</sup> Committee against Torture (CAT). Consideration of the 5th Periodic Report of Spain. International Commission of Jurists. October 2009. Disponible en la página oficial del CAT, en el siguiente enlace: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/ICJ\\_Spain43.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/ICJ_Spain43.pdf), p. 3. En este documento, también se pone de relieve que, en su informe de 2005, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT en sus siglas en inglés) encontró alegaciones muy consistentes sobre el uso de tratos inhumanos y degradantes en la custodia de presuntos terroristas detenidos por la policía y la Guardia Civil.

detenidos de ETA. Es más, los casos ni llegan a los Tribunales. Ahora bien, por el otro lado, como pone de relieve GARCÍA DEL BLANCO<sup>21</sup>, “el Estado español lleva años insistiendo en la existencia de instrucciones de la banda armada ETA para la denuncia sistemática de torturas en los casos de detención incomunicada, con la intención de desacreditar al Estado y reducir la eficiencia de su actuación policial en contra del terrorismo. La realidad de este extremo pudo verificarse en 1998 con la intercepción de una instrucción de la banda terrorista ETA a tal efecto, a la que se une la más reciente intervención de comunicaciones al efecto por parte de los tribunales franceses”.

## ***2. Presente: el debate en los EEUU. La cultura de esta práctica más allá del escenario de ticking bomb***

Una primera aproximación a la discusión actual en los EEUU pone de relieve que ésta se centra en el “caso de *ticking bomb*”<sup>22</sup>, es decir, el punto de partida es el siguiente supuesto<sup>23</sup>: un terrorista que acaba de ser capturado confiesa que ha puesto una bomba en algún lugar (o que conoce su ubicación), la cual estallará de modo inminente y matará a cientos, miles, o, incluso, millones de personas. Por tanto, tal escenario tiene tres elementos: primero, la vida de muchos civiles inocentes está en peligro; segundo, la catástrofe es inminente; y, por último, un terrorista que ha sido capturado conoce información que podría evitar que dicho desastre ocurra<sup>24</sup>. Ante dicha situación, pues, ¿tal sujeto puede ser torturado? Así, el debate sobre esta cuestión parte de una premisa que, al menos en teoría, todo el mundo acepta, a saber, la tortura es una práctica tipificada como delito. Por tanto, lo que, de

---

<sup>21</sup> GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Dir.), *Memento Penal*, en prensa.

<sup>22</sup> En España, estos supuestos son denominados “casos de la bomba de relojería” y, en Alemania, “*ticking time bomb Konstellationen*” (cfr. GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 5). Así, el nombre en inglés hace referencia al tic-tac de un reloj programado para estallar.

<sup>23</sup> Como pone de relieve LUBAN, David, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, en *Virginia Law Review*, 91, October 2005, pp. 1.425-1.461, pp. 1.440-1.441, el “caso de *ticking bomb*” se ha convertido en el “alfa y omega” de la discusión sobre la tortura.

<sup>24</sup> Cfr. BUFACCHI, Vittorio/ARRIGO, Jean Maria, “Torture, Terrorism and the State: a Refutation of the Ticking-Bomb Argument”, en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, nº 3, 2006, pp. 355-373, p. 358. Sin embargo, hay que indicar que existe un requisito que varía según quien exponga este caso, a saber, si el terrorista capturado es quien ha puesto la bomba o, pese a conocer su ubicación o el modo de desactivarla, no ha participado en su colocación. Por ejemplo, GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 5, expone este caso en los siguiente términos: “una ciudad entera como Múnich, Nueva York, Barcelona o Río de Janeiro, va a desaparecer del mapamundi si no se empuja a hablar al terrorista **responsable de la bomba**, que acaba de ser capturado” (negrita añadida). En cambio, DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 259, establece que este supuesto implica que “un terrorista capturado se niega a dar información sobre el inminente uso de armas de destrucción masiva, tales como nucleares, químicas o biológicas, que pueden afectar y matar a miles de civiles”, sin mencionar si el sujeto detenido intervino en la colocación de la bomba o simplemente conoce de su existencia. De entrada, este punto no se ha debatido en la doctrina. Sin embargo, para la solución que se acogerá en este trabajo, será esencial la determinación exacta del escenario de *ticking bomb* del que se parta, esto es, el título de intervención del sujeto torturado en la colocación de la bomba (así como la inminencia del ataque).



entrada, se discute es si en algunos casos excepcionales de consecuencias catastróficas puede permitirse su uso.

Ahora bien, en el fondo del debate está patente otro problema de mayor trascendencia, el cual ha sido puesta de relieve por un sector doctrinal: si la sensibilidad política y social sobre la tortura ha cambiado a partir del 11-S, aunque reconocerlo en público se considere políticamente incorrecto<sup>25</sup>. De hecho, LUBAN<sup>26</sup> describe que en la actualidad existe en su país una “cultura de la tortura”, representada por los juristas y los altos cargos políticos de Washington y materializada en los memorandos oficiales legitimando esta práctica<sup>27</sup>.

En este sentido, el “Informe Schlesinger”<sup>28</sup> concluye que en los abusos infligidos por los oficiales estadounidenses sobre sus prisioneros, en Irak, Afganistán y Guantánamo hasta el 2004, “hay responsabilidad institucional y personal en altos niveles”. Por tanto, las torturas en *Abu Ghraib* no fueron obra de “algunas manzanas podridas” únicamente, como el Gobierno americano afirmó en aquel entonces, sino que su práctica se ha extendido hasta ser parte de una política oficial<sup>29</sup>. Como ejemplos, cabe citar que los EEUU han deportado a **ciento sesenta** personas a terceros países donde han sido torturadas y encarceladas durante meses sin cargos delictivos ni asistencia letrada<sup>30</sup>, y el Departamento de Defensa ha establecido distintas formas de estrés que pueden practicarse sobre los detenidos, las cuales incluyen: desnudarlos, privarlos del sueño, someterlos a luces brillantes o a música sonando muy fuerte, exponerlos al calor o al frío, encapucharlos y mantenerlos en posiciones incómodas<sup>31</sup>.

Es más, ambas cuestiones se encuentran entrelazadas, puesto que la extraordinaria y extraña situación de un supuesto de bomba de relojería ha proporcionado una justificación moral, intelectual y legal de la tortura<sup>32</sup> como sistema de interrogación coercitiva<sup>33</sup>, antaño

---

<sup>25</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 269, nota 9, pone de relieve que Alberto Gonzales, Fiscal General de Bush desde el 3 de febrero de 2005 hasta el 17 de septiembre de 2007, tras haber contribuido, en su condición de asesor principal del presidente, a un memorando (cfr. *infra* nota 145) en el que justificaba el uso de la tortura, para acceder al nuevo cargo tuvo que afirmar expresamente su oposición a esta práctica (véase, también, AGUIRRE, Mariano, “¿Hay dudas sobre la tortura?”, en *La Vanguardia* de 22 de abril de 2005, p. 29).

<sup>26</sup> LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, pp. 1.452 ss. Así, como indica HOLMES, Stephen, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 118-135, p. 126, aunque las excusas de los memorandos fueron legales, las decisiones fueron políticas.

<sup>27</sup> Publicados en GREENBERG/DRATEL (eds.), *The Torture Papers*.

<sup>28</sup> *Final Report of the Independent Panel to Review DoD Detention Operations*, en GREENBERG/DRATEL (eds.), *The Torture Papers*, p. 908.

<sup>29</sup> Cfr. BOWKER, David W., “Unwise Counsel”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 183-202, p. 194. De la misma opinión ROTH, Kenneth, “Torture Is Never Justified”, en *Is Torture Ever Justified?*, United States of America, 2005, pp. 12-15, p. 12.

<sup>30</sup> Véase COLE, David/LOBEL, Jules, *Less Safe, Less Free. Why America Is Losing the War on Terror*, New York-London, 2007, p. 25.

<sup>31</sup> Cfr. ROTH, “Torture Is Never Justified”, p. 13.

<sup>32</sup> En este sentido, DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 259.

<sup>33</sup> Sobre los límites entre tortura, tratos inhumanos y degradantes y métodos de interrogatorio coercitivo, cfr. IGNATIEFF, Michael, “Si la tortura funciona”, en *Claves de razón práctica*, nº 162, 2006, pp. 4-7, pp. 4-5. Sin embargo, a su juicio, todas estas prácticas son igualmente inaceptables.

en Israel y, ahora, también en los EEUU<sup>34</sup>. De este modo, lo que en definitiva se somete a debate es si el uso de esta práctica en la guerra contra el terrorismo está legitimado o no, dada la especial peligrosidad de dicho fenómeno para la seguridad nacional.

## 2.1 De los supuestos de *ticking bomb* a la creación de una cultura de la tortura

A raíz de la propuesta de DERSHOWITZ<sup>35</sup>, que aboga por la regulación de un procedimiento de autorización (judicial o gubernamental) para torturar, mediante una orden de tortura (*torture warrant*)<sup>36</sup>, en los EEUU se han alzado voces muy críticas<sup>37</sup>. Sin embargo, muchas

---

<sup>34</sup> Por esta razón, los autores que aluden al carácter infrecuente de los “casos de la bomba de relojería”, no es que eviten resolverlos (es de esta opinión GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 5) sino que argumentan con base en la teoría de la pendiente resbaladiza (véase *infra* en el apartado 3 sobre este concepto). Así, según COLE, David, “Outlaws on torture”, en *The Nation* de 28 de junio de 2004; COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, pp. 190 ss.; LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.441; y WEISBERG, Richard H., “Loose Professionalism, or Why Lawyers Take the Lead on Torture”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 299-305, p. 304, la tortura debe prohibirse porque los casos de *ticking bomb* son hipotéticos y permiten su práctica en general. A su juicio, no se puede saber si una persona conoce donde está ubicada la bomba, si está diciendo la verdad o, incluso, si verdaderamente existe un artefacto colocado y listo para estallar. Esta postura ha sido criticada por GROSS, Oren, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 229-253, p. 239, quien considera que convertir los casos de *ticking bomb* en irrelevantes o improbables no hace que el problema real desaparezca; y por STEINHOFF, Uwe, “Torture – The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, n° 3, 2006, pp. 337-353, p. 343. Ahora bien, hay que poner de relieve que COLE, LOBEL, LUBAN y WEISBERG acogen esta posición porque el problema en los EEUU es otro, a saber, el uso de la tortura como política de investigación en la lucha contra el terrorismo. De este modo, evitan responder afirmativamente a la cuestión de si puede torturarse en algún caso, puesto que, como indica HOLMES, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, p. 127, los casos de *ticking bomb* no son ni realistas ni representativos, y dan pie a que se abuse de dicha práctica (como de hecho a ocurrido en su país). En definitiva, pues, tal postura, más que escurridiza, es sensata.

<sup>35</sup> Véase DERSHOWITZ, ¿Por qué aumenta el terrorismo?, p. 166; y EL MISMO, “Tortured reasoning”, pp. 257 ss.

<sup>36</sup> Además, hay que poner de relieve que en otro de sus trabajos (“Torture Should Be Legalized and Regulated”, en *Is Torture Ever Justified?*, United States of America, 2005, pp. 22-25, pp. 23-24), DERSHOWITZ también autoriza el uso de “suero de la verdad” para compeler a un detenido a que aporte información sobre atentados terroristas. A su juicio, con esta técnica no se vulnera ni el derecho a no declarar contra uno mismo ni tampoco el derecho a la integridad corporal.

<sup>37</sup> Algunas de las cuales le han acusado de “burlar la prohibición constitucional de la tortura” (así, Brendon O’Leary, profesor de Ciencia Política de la Universidad de Pennsylvania); o de “recomendar la tortura de sospechosos de terrorismo para obtener información” (en este sentido, el Juez Richard Posner de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los EEUU, que califica esta sugerencia como “teñida de sadismo”). Además, se han podido leer titulares como el siguiente: “Famoso Abogado Respalda el Uso de la Tortura”, o noticias que establecían que DERSHOWITZ recomendaba a los gobiernos “dejar de lado las cuestiones morales” (cfr. DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 265-266). Ha habido quien, incluso, le ha denominado “Torquemada Dershowitz”, haciendo referencia al notorio torturador de la Inquisición (véase DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 265). En Alemania, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, p. 32, considera que tales “órdenes” de tortura violan tan flagrantemente el Derecho Internacional que no merecen mayor discusión”.

de las alternativas ofrecidas por otros jueces, políticos y académicos no pasan por prohibir esta práctica en todo caso, sino por mirar hacia otro lado o por eximirla de pena *ex post*<sup>38</sup>.

DERSHOWITZ<sup>39</sup> considera que dado que la tortura está siendo usada por los EEUU, sobre todo durante la Administración Bush, y por otros países aliados en el ámbito del terrorismo, y debería serlo en un caso de *ticking bomb* o ante un inminente ataque masivo, es mejor regularla con responsabilidad, detalladamente y estableciendo limitaciones<sup>40</sup>. A su juicio, una “orden de tortura” autorizada *ex ante* por parte del poder judicial (o del Gobierno) es más conveniente y justa que dejar en manos de los servicios de seguridad la decisión de si pueden torturar o no en un caso concreto, puesto que es notorio que no se les castiga penalmente. En su opinión, los jueces están en mejor posición de valorar las necesidades de seguridad contra los imperativos de la libertad. En cambio, los interrogadores de los servicios de seguridad no están entrenados para resolver este delicado equilibrio: su misión es la de prevenir el terrorismo.

---

<sup>38</sup> Sin embargo, no faltan autores que defienden la prohibición absoluta de la tortura en cualquier caso (así, BUFACCHI/ARRIGO, “Torture, Terrorism and the State”, pp. 359 ss.; HEYMANN, Philip B., “Torture Should Not be Authorized”, en DARMER, M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, 2004, pp. 215-217, p. 217; LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.425; PRESS, Eyal, “In Torture We Trust?”, en DARMER, M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, 2004, pp. 219-228, p. 225; RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 116; ROTH, “Torture Is Never Justified”, p. 14; y WALDRON, Jeremy, “Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House”, en *Columbia Law Review*, 105, October 2005, pp. 1.681-1.750, p. 1.715. En general, ésta es la opción acogida por quienes consideran que asumir que la excepción de la tortura puede ser confinada a los casos de *ticking bomb* representa un peligroso engaño, especialmente en la guerra contra el terrorismo (LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.444), esto es, aluden al peligro de la pendiente resbaladiza. Por tanto, desde esta perspectiva, tales posturas quieren evitar la “rotura de dique” (cfr. *infra*). Por su parte, en publicaciones españolas, puede leerse la solución de la prohibición absoluta de la tortura en los trabajos de GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 11 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 278 ss.; y MUÑOZ CONDE, Francisco, “Delito político y derecho penal del enemigo”, en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, 2006, pp. 403-410, p. 409. Y, en Portugal, DIAS, “Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror”, en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 2010, pro manuscrito, pp. 207-254, p. 207 ss.

<sup>39</sup> DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 266 ss.

<sup>40</sup> Sin duda, la visión de DERSHOWITZ es muy derrotista. En sentido similar, JAKOBS, Günther “¿Terroristas como personas en derecho?”, en JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra, 2006, pp. 57-83, p. 82, considera que, en determinados casos, la excepción se producirá de todos modos sin legislación, por lo que el Estado no puede renunciar a regular supuestos como el derribo de un avión de pasajeros o la incomunicación.

Sin entrar al detalle en el alud de críticas que ha recibido<sup>41</sup>, hay que resaltar dos concretos problemas de este planteamiento. En primer lugar, su propuesta es impracticable en un verdadero escenario de *ticking bomb*. Como se ha indicado, una de las características de este supuesto es la inminencia de la catástrofe, esto es, que “el tiempo se acaba”<sup>42</sup>. Por tanto, lo más usual será que no haya suficiente tiempo para pedir una orden de tortura<sup>43</sup>; al menos, no en condiciones que aseguren una autorización responsable y fundada por parte del juez (o, en su caso, del Gobierno), que limite verdaderamente esta práctica y la relegue a casos realmente excepcionales –esta es, en apariencia, la pretensión del citado autor con su propuesta<sup>44</sup>-. Así, pues, y ello conduce al segundo problema de su planteamiento, DERSHOWITZ, más allá de los verdaderos “casos de la bomba de relojería”, acepta la autorización de torturas preventivas, es decir, de aquéllas que pueden ayudar a evitar un **futuro** ataque, aunque no sea inminente<sup>45</sup>. Por tanto, se produce un salto cualitativo entre

---

<sup>41</sup> Para ello, cfr. ELSHTAIN, “Reflections on the Problem of ‘Dirty Hands’”, p. 87; HEYMANN, “Torture Should Not be Authorized”, pp. 215 ss.; KREIMER, “Too Close to the Rack and the Screw”, pp. 317 ss.; LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.492; POSNER, “Torture, Terrorism and Interrogation”, pp. 295 ss.; SCARRY, Elaine, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 281-290, pp. 282 ss.; SHUE, Henry, “Torture”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 47-60, pp. 58-59; STEINHOFF, “Torture – The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, p. 347 ss.; SUNG, Chanterelle, “Torturing the Ticking Bomb Terrorist: an Analysis of Judicially Sanctioned Torture in the Context of Terrorism”, en *Boston College Third World Law Journal*, 23, nº 1, 2003, pp. 193-212, pp. 193 ss.; WAGNER, Markus, “The Justification of Torture. Some Remarks on Alan M. Dershowitz –Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge”, en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 63/3, 2003, pp. 817-827, pp. 824 ss.; y WALDRON, “Torture and Positive Law”, pp. 1.713 ss.

<sup>42</sup> BUFACCHI/ARRIGO, “Torture, Terrorism and the State”, p. 358, uno de los elementos del escenario de *ticking bomb* es que la catástrofe es inminente, es decir, que “el tiempo se acaba”.

<sup>43</sup> En el mismo sentido, DRATEL, Joshua, “The curious debate”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 111-117, p. 112.

<sup>44</sup> DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 264-265. Como es sabido, cualquier orden judicial que limite un derecho fundamental tiene que estar fundada, lo que implica que la petición tiene que presentar pruebas sobre la necesidad de esa medida y el juez tiene que valorarlas (en España, por ejemplo, cfr. los arts. 545 a 578 LECrim que regulan el procedimiento de entrada y registro. Concretamente, el art. 558 establece que esta clase de órdenes serán siempre fundadas). En este sentido, LEVINSON, “‘Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture”, p. 2.048, pone de relieve que las “órdenes de tortura” habrían de contener fundamentos de derecho escritos susceptibles de análisis. Por tanto, hace falta tiempo. La alternativa, claro, para conseguirlas, podría ser una llamada telefónica que no requiriese presentar ulteriores pruebas sobre su necesidad, en vez de la elaboración de un informe por parte de los oficiales y el posterior estudio y emisión de una resolución fundada por el juez encargado del caso. Ahora bien, de este modo, los abusos que quiere evitar la propuesta de DERSHOWITZ, salen por la puerta y se cuelan por la ventana (en el mismo sentido, véase WAGNER, “The Justification of Torture”, pp. 824-825. Por ejemplo, KREIMER, “Too Close to the Rack and the Screw”, p. 319, indica que la experiencia sobre las órdenes de búsqueda y captura demuestra que los oficiales a menudo exageran la verdad para conseguirlas).

<sup>45</sup> Por ejemplo, defiende el uso de tortura contra un terrorista detenido que se niegue a dar información estimada esencial para **prevenir** un evitable acto de terrorismo de masas (DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 264). En este sentido, KREIMER, “Too Close to the Rack and the Screw”, p. 321, pone de relieve que si DERSHOWITZ propone que la tortura podría ser legalmente limitada a terroristas convictos que han conocido la existencia de un futuro ataque terrorista (en *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, pp. 167

aquel supuesto que pone contra las cuerdas al más acérrimo defensor de la prohibición *ad totum* de la tortura<sup>46</sup> y el contexto de la prevención del terrorismo.

Ahora bien, muchas alternativas a dicho planteamiento no defienden la prohibición absoluta de la tortura. Por el contrario, se decantan, bien por otro modelo de solución, el cual detallan más o menos, bien por su práctica “a espaldas” de la opinión pública. Además, también aceptan la tortura preventiva.

Así, dentro del primer grupo, SCARRY<sup>47</sup> y SHUE<sup>48</sup> abogan por una decisión *ex post facto* sobre si el torturador actuó adecuadamente o no en un caso excepcional, realizada por un jurado de iguales, en vez de por una orden de tortura *ex ante*. En este sentido, IGNATIEFF<sup>49</sup>, PARRY<sup>50</sup> y COHAN<sup>51</sup> argumentan con base en la excepción de necesidad, también GROSS<sup>52</sup> sostiene la solución de la justificación o la excusa *ex post*<sup>53</sup>, y GAETA<sup>54</sup> defiende la aplicación de una circunstancia atenuante<sup>55</sup>.

---

ss.), su propuesta “permite la tortura incluso si los actos no son inminentes sino que representan una amenaza en el ‘futuro’”.

<sup>46</sup> En este sentido, LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, pp. 1.440-1.441, indica que el escenario de *ticking bomb* fuerza a quienes defienden una prohibición absoluta de esta práctica a admitir que en tales supuestos puede permitirse. Así, una vez la prohibición absoluta se ha roto, significa que ésta no se basa en un principio moral absoluto.

<sup>47</sup> SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, pp. 282 ss.

<sup>48</sup> SHUE, “Torture”, pp. 58-59.

<sup>49</sup> IGNATIEFF, “Si la tortura funciona”, p. 6.

<sup>50</sup> PARRY, John T., “Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad”, en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, 2004, pp. 145-164, pp. 158 ss.; y PARRY, John T./WHITE, Welsh S., “Interrogating Suspected Terrorists: Should Torture Be an Option?”, en *University of Pittsburgh Law Review*, 63, Summer 2002, pp. 743-766, pp. 747-748.

<sup>51</sup> COHAN, John Alan, “Torture and the Necessity Doctrine”, en *Valparaiso University Law Review*, 41, Summer 2007, pp. 1.587-1.632, p. 1.631.

<sup>52</sup> GROSS, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, pp. 231 y 244 ss.; EL MISMO, “Are Torture Warrants Warranted?: Pragmatic Absolutism and Official Disobedience”, en *Minnesota Law Review*, 88, June 2004, pp. 1.481-1.555, pp. 1.519 ss.

<sup>53</sup> En la doctrina alemana, la solución de la excusa *ex post* es una postura ampliamente acogida. De hecho, uno de sus defensores es ROXIN (cfr. GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 6-7, texto y nota 10). Y, recientemente, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, pp. 62 ss. Véase *infra*.

<sup>54</sup> GAETA, Paola, “May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorist?”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2 (2004), pp. 785-794, *passim*, p. 793. A su juicio, los requisitos del estado de necesidad, esto es la necesidad y la razonabilidad, no concurren en los casos de *ticking bomb*: por un lado, es difícil admitir que la tortura sea adecuada y capaz de evitar el inminente ataque terrorista; por el otro, no se puede tener la certeza de que su víctima esté en posesión de la información necesaria, la vaya a dar o ésta sea correcta. Es más, incluso asumiendo que el torturado podría facilitarla, no existe una relación causal directa entre la tortura y la evitación del daño, puesto que la información podría no ser apta en orden a prevenir el ataque (pp. 791-792).

<sup>55</sup> También admite la tortura en los casos de *ticking bomb* HOLZER, Henry Mark, “Torture Is Sometimes Justified”, en *Is Torture Ever Justified?*, United States of America, 2005, pp. 16-21, pp. 16 ss., aunque no detalla el procedimiento para determinar si en un caso concreto estaba legitimada su práctica o no.

De este modo, los autores que sustentan un modelo de solución legal alternativo comparten dos rasgos con la propuesta de DERSHOWITZ: en primer lugar, también defienden la permisión de la tortura<sup>56</sup>. Lo que ocurre es que no se ponen de acuerdo en si ésta tiene que formalizarse en una orden emitida *ex ante* por el poder judicial (o por el ejecutivo), o, en cambio, debe determinarse con posterioridad a su comisión. Por tanto, expresa o tácitamente, también están abogando por la regulación de un modelo legal que resuelva tales supuestos. Como indica MOLINA FERNÁNDEZ, cualquier exención, por mucho que se aplique *a posteriori*, tiene que determinar *a priori* en qué supuestos y con qué requisitos podrá apreciarse<sup>57</sup>. De este modo, “la presencia de un caso concreto no brinda nuevos criterios de valoración”, sino que “tan sólo es un supuesto más subsumible en una regla que, como todas, debe ser generalizable (...), y ello con independencia de que la valoración se haga *ex ante* o *ex post*”<sup>58</sup>. Además, la consecuencia deducible del caso israelí es que permitir la tortura *ex ante* (mediante directivas ministeriales) o eximirla de pena *ex post* (con base en el estado de necesidad), no varía sustancialmente en la realidad, es decir, la tortura sigue practicándose.

Después de la decisión del Tribunal Supremo israelí en 1999, a la que se ha aludido en el apartado anterior, varios informes pusieron de relieve que los interrogadores de las GSS calificaron a docenas de detenidos como casos de *ticking bomb*. Así, excepcionales técnicas de interrogación fueron usadas sobre ellos y justificadas bajo la doctrina de la necesidad<sup>59</sup>. En concreto, en los dos años siguientes, la presión física moderada fue practicada en, aproximadamente, 90 casos<sup>60</sup>. Es

---

<sup>56</sup> En el mismo sentido, RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 109.

<sup>57</sup> En este punto, resulta contradictoria la argumentación realizada por la Sentencia de la Corte Supremo de Israel de 6 de septiembre de 1999. Por un lado, estableció la ilegalidad absoluta de las prácticas de tortura practicadas por los miembros de los servicios de seguridad y su incompatibilidad con el sistema de valores de la ley israelí. Sin embargo, por el otro, aceptó la posibilidad de apreciar un estado de necesidad en casos excepcionales. Según indicó, existe una gran diferencia entre estas dos soluciones, puesto que “el estado de necesidad no ofrece una autorización legal *ex ante* para actuar de una determinada manera, sino que a lo sumo ofrece una posibilidad de exclusión de la punibilidad *ex post*, limitada al caso concreto de quien se beneficia de ella y no expresable mediante una regla general”. Ahora bien, ¿cómo puede “un juez *a posteriori* determinar que concurre esta circunstancia si teóricamente no se puede fijar *ex ante* en que casos será aplicable”? (así, MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 274). En este sentido, BUFACCHI/ARRIGO, “Torture, Terrorism and the State”, p. 358, ponen de relieve que tanto quien defiende la regulación de órdenes de tortura como la aplicación del estado de necesidad permite, en último término, esta práctica, aunque mediante mecanismos diferentes.

<sup>58</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 273-274. En este sentido, LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.445, considera que el principal problema del planteamiento de *ticking bomb* es que se presenta como un caso en el que la decisión sobre si se debe torturar o no será tomada *ad hoc* para ese supuesto, por oficiales que normalmente no lo harían, excepto en un caso desesperado de emergencia. Sin embargo, en el mundo real de los interrogatorios, las decisiones no son excepcionales y sirven para un caso concreto, sino que aquél está compuesto por políticas, pautas y directivas. Se trata de un mundo de prácticas, no de un mundo de medidas de emergencia adoptadas *ad hoc*. Por tanto, cualquier discusión responsable sobre la tortura debe referirse a su ejercicio organizado, no a los supuestos hipotéticos de *ticking bomb*. Y, es que, como pone de relieve PRESS, “In Torture We Trust?”, p. 222, en el mundo real los gobiernos no sólo torturan en los “casos de la bomba de relojería”, sino que su uso se extiende mucho más allá.

<sup>59</sup> Véase COHAN, “Torture and the Necessity Doctrine”, pp. 1.630-1.631.

<sup>60</sup> Cfr. KREMNITZER/SEGEV, “The Legality of Interrogational Torture”, pp. 530-531.

más, los servicios de seguridad israelíes continuaron utilizando los siguientes métodos: privación prolongada de sueño, la colocación de esposas o ligaduras excesivamente apretadas, que impiden una adecuada circulación sanguínea, y palizas. Sin embargo, dejaron de sacudir con fuerza y reiteradamente al detenido en el torso superior haciendo que la cabeza se balancee rápidamente<sup>61</sup>, así como de cubrir las cabezas de los detenidos con sacos<sup>62</sup>.

En relación con esta última cuestión, pues, se ha debatido qué solución es más eficaz a la hora de limitar la tortura<sup>63</sup>: la permisión con anterioridad al hecho o la exención en un momento posterior. Ahora bien, hay que puntualizar que, de entrada, este análisis no tiene nada que ver con las ventajas o las desventajas de que exista una regulación legal<sup>64</sup>. Lo que, de modo general, varía entre ambos modelos es el momento de la decisión: ésta es tomada, bien antes, bien después de la tortura<sup>65</sup>. En consecuencia, hay que valorar dos pares de variables, a saber, la seguridad *ex ante* de actuar conforme a derecho o no y la posibilidad *a priori* de que la orden de tortura sea denegada o no. De este modo, en un sistema en el que la decisión se tome con anterioridad a la comisión del hecho típico, el torturador actuará con plena seguridad de que su conducta es acorde al ordenamiento jurídico, mientras que si la decisión es *ex post*, por mucho que existan unas reglas generales, cabe la posibilidad de que incurra en un error de subsunción<sup>66</sup>, lo que podría inhibir su conducta. Por tanto, si sólo se toma en cuenta esta variable, cabe concluir que existirán más torturas en un modelo de autorizaciones *ex ante*<sup>67</sup>. Ahora bien, en este sistema, también hay que introducir la posibilidad de que la tortura sea denegada antes de practicarse, de modo que, previsiblemente, el sujeto no torturará, puesto que, en este caso, estará actuando sin duda de modo contrario al ordenamiento jurídico<sup>68</sup>.

---

<sup>61</sup> Método conocido como “*shaking*” (cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 272).

<sup>62</sup> Lo que a juicio de KREMNITZER/SEGEV, “The Legality of Interrogational Torture”, pp. 530-531, representó un avance digno de ser mencionado respecto a la anterior.

<sup>63</sup> Sobre esta cuestión, véase RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, pp. 108-110.

<sup>64</sup> Éste es el punto de partida adoptado por ARIDOR BAR-ILAN, Yael, “Justice: When Do We Decide?”, en *Connecticut Law Review*, 39, February 2007, pp. 923-972, pp. 923 ss., por lo que, a mi juicio, resulta erróneo todo su análisis.

<sup>65</sup> Y, en consecuencia, el órgano responsable de tomar la decisión. En un sistema presidido por el procedimiento del jurado, como el estadounidense, la orden de tortura *ex ante* sería emitida por un juez mientras que la exención de pena *ex post* debería resolverse por los miembros de un jurado. En cambio, en el modelo español, serían los jueces y tribunales los encargados de tomar la decisión en ambos casos.

<sup>66</sup> Es decir, el agente cree que en ese caso el uso de la tortura está legitimado, pues concurren los requisitos para ello, pero, en realidad, no es así.

<sup>67</sup> Éste es el análisis realizado por GROSS, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, pp. 241 ss., para defender que el modelo de autorización previa conlleva más tortura. A su juicio, la decisión *ex post* de disculpar una tortura implica que los oficiales deben asumir el riesgo de actuar ilegalmente. Sin embargo, no tienen en cuenta la otra variable, esto es, que en este sistema la práctica de tortura puede ser denegada *ex ante*.

<sup>68</sup> Además, existe una tercera variable a tener en cuenta, consistente en el grado de regulación. Es decir, cuantos más requisitos legales se exijan para permitir la tortura menor será el campo de aplicación de esta práctica. Sin embargo, en la reflexión realizada sobre esta cuestión se ha partido de la hipótesis según la cual las condiciones determinadas por la ley *ex ante* o *ex post* serían las mismas.

Así, pues, la respuesta a con qué modelo se torturaría menos es “depende”. En mi opinión, dada la actual situación en los EEUU (o en Israel), la autorización *ex ante* podría disminuir, al menos a corto plazo, esta práctica, puesto que es notorio que se están dando muchos abusos que la fiscalía no persigue<sup>69</sup>. De este modo, las torturas no llegan a juzgarse *ex post*<sup>70</sup>, por lo que ni jueces<sup>71</sup> ni jurados pueden condenarlas<sup>72</sup>.

En segundo lugar, junto al hecho de que los citados autores no excluyen absolutamente la tortura, al igual que DERSHOWITZ tampoco se limitan a permitir o tolerar los supuestos de *ticking bomb*, sino que, en general, aceptan la **tortura para prevenir futuros ataques**<sup>73</sup>. De

---

<sup>69</sup> DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 265. Además, en este sentido, CONROY, John, *Unspeakable Acts, Ordinary People: The Dynamics of Torture*, New York, 2000, p. 242, pone de relieve que la práctica demuestra que los torturadores raramente son castigados. Como indica RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, pp. 109-110, ningún agente de los EEUU ha sido acusado de tortura después del 11-S con base en las leyes civiles, sólo un pequeño número de, principalmente, soldados de bajo rango han sido juzgados por una Corte Marcial y más del 70% de las acciones oficiales tomadas en respuesta a las alegaciones de abuso no han recibido sentencia administrativa o judicial.

<sup>70</sup> Es más, en el conocido “caso de Jaled el Masri”, la justicia estadounidense no admitió a trámite la denuncia presentada por este ciudadano alemán de origen libanés contra la CIA por secuestro y tortura. Según establecieron tanto la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de Richmond, Valtimore (el 2 de marzo de 2007), como la Corte Suprema de los EEUU (el 9 de octubre de ese mismo año), un juicio expondría a la luz pública secretos de Estado (cfr. *The New York Times* de 9 de octubre de 2007).

<sup>71</sup> Sin embargo, este análisis también dependerá del procedimiento de elección de los jueces. Así, LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.452, pone de relieve que, en el sistema estadounidense, los políticos eligen a los jueces, por lo que si los políticos aceptan la tortura (como en su opinión ha ocurrido durante la Administración Bush en Washington) los jueces también lo harán. Como ejemplo, cita el caso de Jay S. Bybee, quien firmó el memorando del Departamento de Justicia que permitía la tortura y ahora es Juez federal. Por esta razón, considera que la propuesta de DERSHOWITZ es muy ingenua puesto que “una vez se ha creado una cultura de tortura, sólo el naíf podría suponer que los jueces proveerán una salvaguarda”.

<sup>72</sup> A mi juicio, es en este contexto donde la propuesta de DERSHOWITZ cobra sentido desde una perspectiva instrumental (no de legitimidad). Puesto que su Gobierno ha adoptado una política de torturas sistemáticas que la fiscalía no persigue, el único modelo para limitarla pasa por regular un procedimiento *ex ante* de autorizaciones de tortura (en el mismo sentido, LEVINSON, “‘Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture”, pp. 2.048 ss.). Ahora bien, lo que, entonces, es innecesario es mezclar esta lógica con los casos de *ticking bomb*, puesto que no tienen nada que ver.

<sup>73</sup> Así, ADDICOTT, Jeffrey F., “Into the Star Chamber: Does the United States Engage in the Use of Torture or Similar Illegal Practices in the War on Terror?”, en *Kentucky Law Journal*, 92, Summer 2003/2004, pp. 849-912, pp. 911-912, menciona que el objetivo de un “interrogatorio” a los miembros de *Al Qaeda* es obtener tanta información como sea posible para **prevenir futuros actos terroristas**, y opina que los EEUU deberían desarrollar métodos que penetren rápidamente en la conciencia del detenido sin causarle dolor y sufrimiento; GROSS, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, p. 232, negrita añadida, alude a supuestos en los que la práctica de tortura se dirige a “obtener información que ayudaría a las autoridades a frustrar un **futuro ataque** terrorista de consecuencias muy gravosas”; POSNER, “Torture, Terrorism and Interrogation”, p. 294, considera que una **pequeña posibilidad** de que un terrorista ande suelto con una bomba nuclear, la cual podría matar a miles o millones de personas si se materializase el riesgo, convierte en convincente el argumento en favor de la tortura; y SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, pp. 282 y 284, hace referencia a **casos excepcionales o a supuestos de información crucial**. Únicamente PARRY, “Escalation and Necessity”, p. 159, quien defiende la aplicación de la excepción de necesidad, considera que ésta sólo puede aplicarse en supuestos en los que un ataque es



nuevo, pues, el uso de esta práctica se filtra desde un escenario que, aunque ciertamente podría darse, nunca se ha planteado en la realidad hasta el momento, a otro mucho más real y tenebroso: el uso sistemático de la tortura para luchar contra un fenómeno delictivo en el seno de una sociedad democrática, cubierto por el manto de legitimidad de los “casos de la bomba de relojería”<sup>74</sup>.

Por su parte, un segundo grupo de autores, que también se oponen a la solución defendida por DERSHOWITZ, aboga por una solución extralegal y extraoficial del uso de la tortura, lo que se ha tachado como un “enfoque hipócrita”<sup>75</sup>. Así, el Juez POSNER<sup>76</sup> considera que una vez regulada la tortura su práctica se convertiría en regular<sup>77</sup>, por lo que le parece más conveniente dejar inalterada su prohibición formal, pero con el entendimiento de que no se hará cumplir en determinadas circunstancias extremas<sup>78</sup>. ELSHTAIN<sup>79</sup>, aunque acepta el uso de la tortura en casos extremos, no quiere que “una ley los cubra”<sup>80</sup>. ADDICOTT<sup>81</sup> defiende

---

específico e inminente y sobre un detenido del que existe firme sospecha que tiene información crucial sobre aquél. Así, pone de relieve que, actualmente, las torturas realizadas por las fuerzas estadounidenses no entran en esta categoría, puesto que han adoptado una política de coerción física que se aplica sobre muchos detenidos, los cuales, casi con total seguridad, carecen de un específico conocimientos sobre ataques futuros.

<sup>74</sup> Por este motivo, LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, pp. 1.441, 1.444 y 1.492, si bien acepta que el *ticking bomb* escenario no es un caso irreal, considera que no debe ser tomado como punto de referencia, puesto que representa un fraude.

<sup>75</sup> Así, DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 273 y 274; LEVINSON, “‘Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture”, p. 2.042; y MCCARTHY, Andrew C., “Torture: Thinking about the Unthinkable”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 98-110, p. 109, quien considera que la propuesta de DERSHOWITZ “vale mucho más la pena que la actual hipocresía que ignora aquello que aparenta prohibir”. Así, dado el actual escenario en los EEUU y en la misma línea que el profesor de Harvard, MCCARTHY propone la creación de una Corte de Seguridad Nacional, la cual tendría competencia para dictar las órdenes de tortura en casos de terrorismo. A su juicio, centralizar esta materia tan delicada en un solo tribunal comportaría mayor rigor en el desarrollo de las órdenes que dejar la decisión de tal extremo en manos de cientos de jueces federales esparcidos por todo el país (véase la propuesta del citado autor con más detalle en “Abu Ghraib and Enemy Combatants”, en *National Review Online*, 11 de mayo de 2004).

<sup>76</sup> POSNER, “Torture, Terrorism and Interrogation”, pp. 296 y 298. A su juicio, es mejor continuar respetando determinadas reglas, por muy estrictas que éstas puedan parecer, y confiar a los oficiales del Gobierno que las rompan cuando un caso sea lo suficientemente extremo como para permitir su absolución.

<sup>77</sup> En el mismo sentido, ACKERMAN, Bruce, “The Emergency Constitution”, en *The Yale Law Journal*, 113, March 2004, pp. 1.029-1.091, p. 1.072; HEYMANN, “Torture Should Not be Authorized”, p. 216; y SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, p. 281. En contra, DORF, Michael C., “Renouncing torture”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 247-252, p. 250.

<sup>78</sup> La formulación clásica de este argumento se atribuye a Robert Jackson, Fiscal General de los EEUU en 1941-42 y, posteriormente, Juez de la Corte Suprema hasta 1954, respecto a los campos de detención japoneses durante la Segunda Guerra Mundial (véase DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, pp. 268 y 272).

<sup>79</sup> ELSHTAIN, “Reflections on the Problem of ‘Dirty Hands’”, p. 87.

<sup>80</sup> Además, distingue entre la tortura1 (formas extremas de tortura) y la tortura2 (interrogación coercitiva o tortura leve). La primera no debe usarse nunca. En cambio, la segunda podría utilizarse para salvar la vida de personas inocentes.

<sup>81</sup> ADDICOTT, “Into the Star Chamber”, p. 212.

que la tortura es ilegal y debe permanecer en los libros como tal, pero en un caso de emergencia podría ser necesario su uso. Alan KEYES<sup>82</sup>, ex candidato a la presidencia de los EEUU, opina que la tortura podría ser necesaria en algunas situaciones, por lo que sugiere que el presidente debería autorizarla en un caso de *ticking bomb*. Sin embargo, este acto no tiene que ser legitimado por los tribunales o incorporado a un sistema legal. A su juicio, pese a que es necesario preservar la nación de actos terroristas, ello no debe hacerse mediante un “aura de legitimidad”. Por último, el máximo exponente de esta línea de pensamiento es el famoso abogado Floyd ABRAMS<sup>83</sup>, quien ha defendido que “en democracia, algunas veces es necesario hacer cosas extraoficialmente y sin el conocimiento de la opinión pública” (“*to do thing off the books and below the radar screen*”).

Ahora bien, esta solución compromete tanto la concepción pragmática de la democracia como su concepción moral<sup>84</sup>. Por un lado, en un sistema democrático el Gobierno no puede burlar extralegal y extraoficialmente una prohibición “elegida” por la mayoría<sup>85</sup>. Por el otro, tales afirmaciones dan a entender al Estado que puede actuar de dicho modo, es decir, que existen argumentos que legitiman tal conducta en aras a prevenir futuros actos terroristas. Así, se corre el riesgo de implantar la tortura sistemática como política de Estado. Sin embargo, la democracia también es un “orden de derechos que pone límites al poder de la comunidad sobre los individuos”<sup>86</sup>, por lo que dicha práctica no tiene cabida en tal sistema de gobierno<sup>87</sup>.

De hecho, no hace falta ir muy lejos para ejemplificar lo que ocurre cuando la tortura sólo es ilegal en los libros. Con la postura de la “tortura extraoficial” y de “ceguera deliberada” frente a su uso, ésta se ha convertido en una práctica común en los EEUU<sup>88</sup> justificada y autorizada por la Administración Bush. Así, en octubre de 2007 saltó a la luz pública que el Gobierno de los EEUU había estado autorizando de forma secreta torturas legalmente prohibidas, como golpear en la cabeza a los detenidos, simular intentos de asfixia y someterlos a temperaturas bajo cero<sup>89</sup>. Por tanto, como pone de relieve RAMSAY<sup>90</sup>, los abusos en *Abu Ghraib* y Guantánamo demuestran que ocurre cuando los agentes de inteligencia y los interrogadores actúan de espaldas a la ley o con el entendimiento de que la respuesta penal no será aplicada.

---

<sup>82</sup> Cfr. DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 272; EL MISMO, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 179.

<sup>83</sup> Véase DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 272; EL MISMO, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 179.

<sup>84</sup> Cfr. IGNATIEFF, *El mal menor*, Madrid, 2005, p. 19.

<sup>85</sup> En sentido similar, PRESS, “In Torture We Trust?”, p. 223.

<sup>86</sup> IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 19.

<sup>87</sup> En sentido similar, véase DERSHOWITZ, *¿Por qué aumenta el terrorismo?*, p. 181.

<sup>88</sup> En esta línea, DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 265, pone de relieve que en los EEUU existe una “ceguera deliberada” por parte de la fiscalía para perseguir esta práctica, y hace referencia a una política de “cierra los ojos, no preguntes y no expliques”, que conlleva que el uso de tales técnicas continúe expandiéndose (sobre la solución “*don’t ask, don’t tell*” véase LEVINSON, “‘Precommitment’ and ‘Postcommitment’: The Ban On Torture”, pp. 2.042-2.043).

<sup>89</sup> Cfr. *The New York Times* de 5 de octubre de 2007.

<sup>90</sup> En este sentido, RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 110.

En definitiva, pues, las alternativas respecto a la práctica de la tortura fluctúan entre la hipocresía y el derrotismo. DERSHOWITZ se basa en el “puesto que es lo que hay, regulémoslo”, mientras que sus detractores prefieren bien “mirar hacia otro lado”, bien dejar en manos de los jurados compuestos por conciudadanos que decidan *ex post*<sup>91</sup>, bien permitir que el propio Gobierno los indulte<sup>92</sup> (¡la misma Administración que autoriza esa práctica!).

## 2.2. El uso de técnicas degradantes como método de castigo

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, hay que poner de relieve que, más allá de la práctica de la tortura, también debería empezar a cuestionarse más seriamente en los EEUU el uso de técnicas degradantes como método de castigo. HOLMES<sup>93</sup> ha apuntado que las actuales torturas y los tratos inhumanos y degradantes que están siendo practicados por oficiales estadounidenses, no tienen como objetivo luchar de un modo más eficaz contra el terrorismo, sino que están concebidos como modo de castigo después de los atentados del 11-S<sup>94</sup>, es decir, son una “respuesta apropiada”<sup>95</sup>. En este sentido, opina que dichas prácticas (atroces) son una forma de reciprocidad<sup>96</sup> o venganza a unos actos también considerados atroces. En definitiva, detrás de la tortura y otros tratos inhumanos está la lógica de que ante daños extremos hay que utilizar remedios extremos.

---

<sup>91</sup> Como se ha indicado, esta es la postura de SCARRY y SHUE. Sin embargo, dejar la decisión *ex post facto* sobre si la tortura fue necesaria o no en manos de unos ciudadanos a quienes la Administración Bush ha atemorizado continuamente con el fantasma del terrorismo y que, mayoritariamente, consideran que la seguridad es, en la actualidad, de mayor calado que la libertad, tampoco se presenta como una postura idónea. En este sentido, algunos abogados defensores en casos de terrorismo han puesto de relieve que el modelo de proceso judicial posterior al 11 de septiembre, con el que el Gobierno quiere enviar un falso mensaje a la nación de que los EEUU están a salvo, se caracteriza por inducir al jurado a ir en la dirección errónea. Así, la fiscalía introduce pruebas que muestran la amenaza del terrorismo y, a continuación, relaciona esa amenaza con los acusados (cfr. *The New York Times* y *The Washington Post*, ambos de 17 de agosto de 2007). Además, como pone de relieve MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 277, en el “caso Metzler-Gäfigen-Daschner”, más del 60% de los alemanes creían que tal conducta debía justificarse o exculparse. Por último, teniendo en cuenta que la fiscalía no persigue esta práctica (véase DERSHOWITZ, “Tortured reasoning”, p. 265), es muy difícil que lleguen a juzgarse supuestos de tortura.

<sup>92</sup> Esta es una de las posibilidades que propone GROSS, “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, p. 241, incluso si ha habido condena judicial.

<sup>93</sup> HOLMES, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, pp. 129 ss. Véase, también, CARLSMITH, Kevin M./SOOD, Avani Mehta, “The Fine Line between Interrogation and Retribution”, en *Journal of Experimental Social Psychology*, 45, 2009, pp. 191-196, pp. 191 ss.

<sup>94</sup> También alude a esta cuestión RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 114, quien añade que alguno de los abusos perpetrados en *Abu Ghraib* lo fueron simplemente como modo de diversión.

<sup>95</sup> En este sentido, véase, también, PFAFF, William, “The Truth about Torture”, en *The American Conservative* de 14 de febrero de 2005.

<sup>96</sup> Sobre este principio, véase, también, FELDMAN, Noah, “Ugly Americans”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 267-279, pp. 276 ss.

Ciertamente, conductas como las siguientes abogan por esta interpretación: ha saltado a la luz pública que, en Guantánamo, los guardias han forzado a los presos a comer cerdo y a ingerir alcohol e, incluso, les han lanzado sangre de menstruación femenina, para hacerles violar sus mandatos religiosos<sup>97</sup>. En esta línea, en abril de 2005, una investigación militar de supuestos abusos en dicha base naval concluyó que humillar sexualmente a los detenidos, obligándoles a llevar ropa interior femenina en sus cabezas, pasearlos con correas u compelerles a realizar “monerías” de perro (técnicas también usadas en *Abu Ghraib*) no son actos ilegales. Por el contrario, están autorizados por el manual del Ejército estadounidense de tierra y entran dentro de los estándares de su doctrina respecto a la interrogación. En consecuencia, con esta interpretación tan creativa y sin precedentes el informe no apreció pruebas de tortura o tratos inhumanos<sup>98</sup>.

Así, pues, tales conductas, más que idóneas para conseguir información eficaz en la lucha contra el terrorismo, parecen perseguir la humillación y el castigo de cautivos musulmanes. Sin embargo, tal forma de sanción, aparte de ser denigrante e inhumana, y, por ende, totalmente ilegítima, vulnera otros dos principios básicos del Derecho Penal liberal: prescinde de un fallo condenatorio e implanta el castigo colectivo.

### ***3. Futuro –y propuesta de solución–: ¿son de aplicación las causas de exención de la responsabilidad elaboradas por la teoría jurídica del delito en algunos supuestos de tortura?***

Está fuera de toda duda que un Estado democrático de Derecho no puede elaborar normas específicas que introduzcan excepciones a la prohibición de la tortura, tengan que aplicarse *ex ante* o *ex post*, tanto por razones normativas<sup>99</sup> como iusfilosóficas: la tortura atenta contra la dignidad humana<sup>100</sup>. Por tanto, no está legitimada la regulación de autorizaciones judiciales o gubernamentales que posibiliten su práctica. Ahora bien, tampoco pueden establecerse exenciones y procedimientos concretos para supuestos de torturas, aplicables *a posteriori*.

De este modo, hay que diferenciar dos categorías entre las propuestas de solución *ex post*: en primer lugar, la de defender la regulación de la práctica de la tortura de modo específico; y, en segundo lugar, la de abogar por la aplicación de figuras generales ya

---

<sup>97</sup> Cfr. DUBENSKY, Joyce S./LAVERY, Rachel, “Torture: An Interreligious Debate”, en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, 2006, pp. 162-182, p. 162.

<sup>98</sup> Cfr. LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb”, p. 1.460.

<sup>99</sup> Cfr., en el ámbito interno, el art. 15 CE que establece que nadie puede ser sometido a tortura; y, a nivel internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 2.2), que forman parte del ordenamiento interno español (véase el art. 96 CE). Así, como pone de relieve MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 271, en la situación legal descrita no hay espacio para un debate sobre la justificación legal de la tortura. Sobre la prohibición internacional de la tortura, véase AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, pp. 26 ss.

<sup>100</sup> Como indica GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 5, existe amplio consenso sobre esta premisa. Véase, también, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, pp. 32-33.

previstas en la ley (y elaboradas por la teoría jurídica del delito). La primera postura es, a mi juicio, inviable, como acaba de indicarse. Ahora bien, ¿la segunda es legítima?

Antes de responder a esta pregunta, no obstante, hay que poner de relieve que según un sector doctrinal la Constitución española<sup>101</sup> y los Convenios Internacionales<sup>102</sup> recogen “prohibiciones absolutas de justificación” en materia de tortura<sup>103</sup> -y así lo ha interpretado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>104</sup>-. Sin embargo, para otros autores es defendible la solución contraria, esto es, que la invocación de las causas de justificación no puede ser descartada por un recurso a la prohibición internacional o constitucional de la tortura<sup>105</sup>. Por tanto, con base en el derecho positivo esta cuestión no es pacífica y en la doctrina se ofrecen interpretaciones contrapuestas. Es por ello que tiene sentido preguntarse sobre la posible aplicación de causas de justificación (o de exculpación) en

---

<sup>101</sup> Art. 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, **en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura** ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

<sup>102</sup> El art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes, al igual que el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales debe entenderse como excluyente de cualquier causa de justificación general o específica de torturar por parte del Estado. Por su parte, el art. 2.2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prevé que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”.

<sup>103</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 281-282. De este mismo autor, “Terrorismo y Derechos Fundamentales: la perspectiva penal”, en AA.VV. *Terrorismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2010, pp. 73-112, pp. 105 y 111. También GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, p. 956, considera que el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales debe entenderse como excluyente de cualquier causa de justificación general o específica de torturar por parte del Estado.

<sup>104</sup> La Sentencia del TEDH 18-12-96, asunto Aksoy c. Turquía, nº 21987/1993 (TEDH 1996/72), indica que “incluso en las situaciones más difíciles, tales como la lucha contra el terrorismo o contra el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 3 no prevé restricciones, lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos núms. 1 y 4, y según el art. 15.2 no sufre ninguna derogación, incluso en el caso de un peligro público que amenace la vida de la nación” (cfr. GARCÍA DEL BLANCO, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en prensa).

<sup>105</sup> Así, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, p. 47. En el mismo sentido, según DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional”, en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 695-705, pp. 700 ss., la previsión del art. 2.2 de la Convención contra la Tortura no es de carácter absoluto y posibilita la aplicación de las causas de justificación previstas en el Código Penal. A su juicio, dicho precepto no incluye la prohibición de la tortura como método de investigación para luchar contra determinados fenómenos delictivos, lo que parece un supuesto de no justificación conscientemente olvidado a la luz del análisis comparativo del citado art. 2.2 con el art. VI del Proyecto presentado por la AIDP que sí la preveía (aunque en su opinión sería de gran interés incluir también “la imposibilidad de justificación de la tortura por cualquier clase de urgencia de obtención de informaciones”). También GAETA, “May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorist?”, p. 789, considera que el art. 31.1.d) ER permite la aplicación del estado de necesidad respecto a los crímenes objeto de la jurisdicción de la Corte.

supuestos de tortura. Ahora bien, para aquellos que consideren que los textos legales ya han zanjado esta problemática, el siguiente análisis sólo ofrecerá una solución de *lege ferenda*, con el que se puede o no estar de acuerdo, mientras que para el otro sector doctrinal, la postura defendida en este trabajo puede resultar de utilidad ya en el plano de *lege lata*.

### 3.1. El estado de necesidad justificante

Ya se ha puesto de relieve que un sector de la doctrina<sup>106</sup> (y también el Tribunal Supremo israelí<sup>107</sup>) propone la aplicación del estado de necesidad en los supuestos en los que sólo es posible evitar un ataque terrorista (catastrófico e inminente) acudiendo a la tortura, esto es, en los escenarios de *ticking bomb*<sup>108</sup>. Por tanto, la cuestión a analizar dentro de tal planteamiento versa sobre si puede justificarse la tortura en un “caso de bomba de relojería” con base en la categoría general del estado de necesidad.

Las razones esgrimidas por los autores que defienden esta solución es que el daño causado por la muerte de (cientos, miles o millones de) personas inocentes es muy superior al provocado por el uso de la tortura<sup>109</sup> (especialmente cuando la víctima es el sujeto responsable de la bomba<sup>110</sup>). Sin embargo, esta afirmación contradice la lógica del mal menor<sup>111</sup>, desde cualquier perspectiva que no se base en el utilitarismo del acto. Siguiendo a SILVA SÁNCHEZ<sup>112</sup>, el estado de necesidad no se dirige a “salvar el bien más valioso”, sino a “solventar el conflicto surgido con la menor perturbación posible del ‘statu quo’, es decir, de las condiciones preexistentes en la sociedad antes de la aparición de aquél”<sup>113</sup>. Y, en este sentido, como indica MOLINA FERNÁNDEZ, la práctica de la tortura provoca a largo plazo

---

<sup>106</sup> COHAN, “Torture and the Necessity Doctrine”, p. 1.631; IGNATIEFF, “Si la tortura funciona”, p. 6; PARRY, “Escalation and Necessity”, pp. 158 ss.; y PARRY/WHITE, “Interrogating Suspected Terrorists”, pp. 747-748.

<sup>107</sup> Como se ha indicado, el Tribunal Supremo de Israel, en su Sentencia de 1999, se decantó por la aplicación del estado de necesidad, en supuestos en los que sólo es posible evitar un daño recurriendo a la tortura. De este modo, abogó por la aplicación del art. 34.1 de la Ley penal israelí, que prevé lo siguiente: “no habrá responsabilidad penal si se comete cualquier acto inmediatamente necesario, con el propósito de salvar la vida, la libertad, el cuerpo o la propiedad, ya sea de si mismo o de un prójimo, de un considerable peligro de daño serio e inminente al estado particular de cosas, en el momento necesario, y ante la falta de medios alternativos para evitar el daño”.

<sup>108</sup> Cfr. GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, p. 7, texto y nota 11; y MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 271.

<sup>109</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 279-280.

<sup>110</sup> Véase GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 8-10, con ulteriores referencias.

<sup>111</sup> Como indica MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 279, “en situaciones de conflicto el Derecho debe racionalmente inclinarse por el mal menor”.

<sup>112</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982, fascículo III, pp. 663-691, p. 665.

<sup>113</sup> Según indica, que se hable de males, y no de bienes, “encierra una cuestión de vital importancia. Porque frente a un planteamiento causal naturalístico anclado en la mera ponderación de los bienes lesionados, una perspectiva valorativa, como es la que corresponde a un término del cariz de ‘mal’, debe examinar la pluralidad de aspectos y elementos concurrentes en la situación” (SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, p. 665).

mayores males que los que trata de evitar<sup>114</sup>. Desde una perspectiva utilitarista basada únicamente en el acto, si sólo se compara el mal causado por la tortura y el bien producido por las vidas concretas que se han salvado, la justificación de aquélla parece plausible. Sin embargo, también debe valorarse el mal que comporta que los límites de la ponderación de intereses se desborden, dicha práctica se convierta en una medida política de poder<sup>115</sup> y la seguridad pase a ser el único interés protegible por el Estado, a costa de las libertades individuales<sup>116</sup>.

Una vez la caja de Pandora ha sido abierta<sup>117</sup>, ¿podría torturarse al insolidario –que no ha colocado la bomba pero, por casualidad, conoce su ubicación- para salvar la vida de miles

---

<sup>114</sup> A juicio de MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 279 ss., no cabe justificar la tortura por dos razones, siendo la primera de las cuales que “falta base material para la justificación: pese a las apariencias, provoca mayores males de los que trata de evitar (argumento material)” (además, añade, como segundo argumento [de legalidad], que “la cuestión ya está resuelta en una regla específica que concreta para este caso la ponderación y con ello cierra el camino a una invocación en otro sentido de la regla general presente en el estado de necesidad”). En el mismo sentido, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, p. 60.

<sup>115</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 280. En el mismo sentido, HEYMANN, “Torture Should Not be Authorized”, p. 217, considera que los costes a largo plazo de cualquier sistema que autorice la tortura, abierta o tácitamente, es mayor que los beneficios a corto plazo; e IGNATIEFF, *El mal menor*, pp. 184-185, afirma, a raíz de la postura de DERSHOWITZ, que “la legalización de la fuerza física en los interrogatorios aceleraría el proceso mediante el cual se convertiría en rutina. El problema con la tortura no es sólo que se escape de las manos, sino que se convierta en algo descontrolado. Lo malo de la tortura es que inflige un daño irremediable tanto en el torturador como en el prisionero. Viola los compromisos fundamentales con la dignidad humana, y éste es el valor central que una guerra contra el terror, librada por un Estado democrático, no debería sacrificar, ni siquiera bajo la amenaza de un ataque inminente”. Véase, también, BUFACCHI/ARRIGO, “Torture, Terrorism and the State”, pp. 362 ss. Ahondando en esta última idea, HOLMES, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, p. 124, pone de relieve tres motivos por los que las pérdidas a largo plazo de utilizar dicha práctica son mucho mayores que las ganancias a corto plazo: la primera, de corte individualista, versa sobre las consecuencias físicas y psíquicas que quedan en los torturados; la segunda se refiere a la reputación en el extranjero del Estado que la practica; y, la tercera está relacionada con las consecuencias, a saber, su uso radicaliza a los potenciales enemigos en vez de pacificarlos. En este sentido, COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, p. 193, aluden a la radicalización del bando al que pertenecen los sujetos torturados, el cual, a raíz de la tortura, posiblemente ejecutarán más actos terroristas; y PEARLSTEIN, Deborah, “Reconciling Torture With Democracy”, en *The NYU Review of Law and Security*, nº 4, April 2005, pp. 3-4, p. 4, afirma que existen evidencias sobre la radicalización de la opinión pública iraquí contra las fuerzas de los EEUU. Así, por ejemplo, indica que se difundió a través de Internet una llamada a los guerreros santos de Irak para vengarse de las torturas practicadas en *Abu Ghraib*. En la misma línea, IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 186, explica que “los miembros del grupo Hermanos Musulmanes, torturados en el periodo que siguió al asesinato de Anwar el Sadat, desarrollaron esta clase de odio, tanto contra el régimen egipcio como contra su aliado estratégico, Estados Unidos. Entre las víctimas de esa tortura estaba el segundo dirigente al mando del grupo de Osama Bin Laden”.

<sup>116</sup> En este sentido, más allá del escenario de *ticking bomb*, en la balanza de la tortura se sitúan el imperativo de la seguridad nacional contra la dignidad de las personas (véase MCCARTHY, “Torture: Thinking about the Unthinkable”, p. 99). También HOLMES, “Is Defiance of Law a Proof of Success?”, p. 124, pone de relieve que la tortura limita la libertad en orden a un incremento de la seguridad.

<sup>117</sup> También usa esta expresión SHUE, “Torture”, p. 47.

de personas?; ¿y, a la madre del terrorista, quien sabe donde está su hijo, el cual, tal vez, les indicará el momento y el lugar en los que la explosión tendrá lugar? <sup>118</sup>; e, incluso, ¿sería posible arrasar una aldea entera donde habitan terroristas que quizás estuvieran planeando un ataque mundial? <sup>119</sup>. En este sentido, son representativas las siguientes palabras: “la historia muestra cómo la tortura no puede limitarse (...) Tan pronto como su uso es permitido una vez, así, por ejemplo, en una circunstancia extrema como es una bomba, es lógico usarla tanto sobre aquéllos que podrían colocarla, como en quienes podrían pensarlo o, incluso, respecto a la gente que defiende a los que podrían plantearse”<sup>120</sup>. De hecho, no hace falta retroceder mucho en la historia para encontrar ejemplos de cuán peligrosa resulta la lógica de la “seguridad a toda costa”.

Por ejemplo, la experiencia palestino-israelí demuestra la facilidad con que puede flexibilizarse el concepto “necesidad”. Como se ha indicado, desde 1987 la tortura de terroristas palestinos sospechosos en Israel fue legitimada en supuestos de peligrosidad excepcional con base en este argumento. Sin embargo, las fuerzas de seguridad nunca identificaron ningún sospechoso que tuviera conocimiento sobre una bomba que fuera a estallar inminentemente. Por el contrario, justificaron cualquier tortura de quien pudiera tener alguna información sobre una futura actividad terrorista no especificada. Así, fueron torturados entre el 80% y el 94%-según el estudio- de los sujetos detenidos bajo la vigencia del informe *Landau*<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> Como indica MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 280, “la lógica del mal menor, si no se filtra adecuadamente, resulta perversa. ¿Por qué no continuar las torturas con inocentes, por ejemplo hijos del supuesto terrorista?; ¿Por qué no justificar cualquier otra lesión de derechos? ¿Allanamiento de morada, violación de correspondencia, prisión privada, etc., todo para conseguir desarmar la bomba?”. Se hace las mismas preguntas ROTH, “Torture Is Never Justified”, p. 14.

<sup>119</sup> Piénsese que en la ponderación de intereses del estado de necesidad la doctrina considera que también hay que tener en cuenta el daño esperado de la situación de peligro y la probabilidad de que éste ocurra (SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel, “El Principio Constitucional de Proporcionalidad en el Derecho Penal”, en *La Ley*, 1994, n° 4, pp. 1.114-1.124, p. 1.121). Así, como indica ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Madrid, 1997, p. 677, “aunque el peligro de que un accidentado muera o sufra daños en su salud si no se le transporta de inmediato al hospital sea de un 10%, de todos modos tiene sentido justificar por el § 34 [estado de necesidad] la utilización de un vehículo ajeno” (analiza esta cuestión con detalle BERMEJO, “La ponderación de intereses en el estado de necesidad”, pp. 948 ss.). Ahora bien, obsérvese cómo esta lógica, la cual tiene mucho sentido en el ejemplo propuesto por el autor alemán, es perfectamente trasladable a los supuestos de tortura. Así, a juicio de POSNER, “Torture, Terrorism and Interrogation”, p. 294, una **pequeña posibilidad** de que un terrorista ande suelto con una bomba nuclear, la cual podría matar a miles o millones de personas si se materializase el riesgo, convierte en convincente el argumento en favor de la tortura.

<sup>120</sup> Cfr. RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 114.

<sup>121</sup> Véase RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, pp. 113-114. En el mismo sentido, PARRY/WHITE, “Interrogating Suspected Terrorists”, p. 758, ponen de relieve que después de que la Comisión *Landau* autorizara en Israel el uso de la fuerza física moderada como método de interrogación en supuestos excepcionales con base en el estado de necesidad, los servicios de seguridad torturaron al 85% de los detenidos.



Es más, como se ha puesto de relieve, en la actualidad basta echar una ojeada a la práctica de la tortura como uno de los métodos utilizados en la “guerra contra el terrorismo”<sup>122</sup>: “se justifica originalmente como un mal menor, como una necesidad lamentable en la lucha para extraer información a tiempo de evitar males mayores, y sin prisa pero sin pausa se convierte en una técnica estándar, explícitamente utilizada para humillar, aterrorizar, degradar y someter a poblaciones enteras”<sup>123</sup>.

Ciertamente, los supuestos de tortura en Irak, Guantánamo y Afganistán tampoco han sido confinados a los casos de *ticking bomb*. Las autoridades americanas aseguran que han obtenido información sobre *Al Qaeda* y respecto a las redes terroristas a raíz de tales interrogaciones. Por tanto, dichos métodos no se han circunscrito a supuestos de un ataque inminente y catastrófico compatible con la justificación basada en los escenarios de la bomba de relojería<sup>124</sup>.

### 3.2. La legítima defensa

Descartada, pues, la solución del estado de necesidad, ¿significa que el recurso a la tortura nunca puede justificarse? En mi opinión, la respuesta a este interrogante es “no”. Los casos de *ticking bomb* o de “Harry el sucio”<sup>125</sup> verdaderamente problemáticos, y con los que se apela a los sentimientos<sup>126</sup> –en vez de a la razón– tienen una estructura de legítima defensa de terceros<sup>127</sup>. Así, el caso de un explosivo con temporizador que ya está en marcha y listo para estallar, cuando su autor, detenido, es el único que conoce el código para desactivarlo, es estructuralmente idéntico a aquél en el que un sujeto está a punto de apretar el dispositivo de una bomba y un agente de la autoridad le tiene a tiro<sup>128</sup>. En este segundo

---

<sup>122</sup> En el mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 281.

<sup>123</sup> IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 180.

<sup>124</sup> Igualmente, respecto a la detención de sospechosos sin necesidad de acusarlos de ningún delito para determinar si son una amenaza, COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, pp. 196 ss., aluden al peligro de que se acabe deteniendo a sujetos que no representen riesgo alguno. En este sentido, es ilustrativo el caso estadounidense pos 11-S, que se saldó, por un lado, con cinco mil detenidos nacionales, ninguno de los cuales fue acusado ni condenado por tales hechos; y, por el otro, con sólo el 8% de los detenidos en Guantánamo hasta 2006 como sospechosos de ser luchadores de *Al Qaeda* o del régimen talibán.

<sup>125</sup> La doctrina estadounidense también alude al “caso de Harry el sucio”, en referencia a la película protagonizada por Clint Eastwood. Así, en una secuencia de este film, un sujeto secuestra a una niña y la deja en un lugar en el que morirá asfixiada si no es rescatada, de modo que cuando el oficial Harry da con el secuestrador, y éste le explica las circunstancias en que se halla la víctima, le tortura para conocer su paradero (véase STEINHOFF, “Torture – The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, p. 342).

<sup>126</sup> Cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 281.

<sup>127</sup> En el mismo sentido, STEINHOFF, “Torture – The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, p. 342.

<sup>128</sup> También alude a este paralelismo GERSTEIN, “¿Tienen derechos los terroristas?”, p. 103. Ciertamente, cabe indicar que puede alegarse la existencia de una diferencia estructural entre ambos supuestos, a saber, que en el primero existe una agresión mediante acción mientras que en el segundo el ataque es producto de una omisión. Ahora bien, basten dos motivos para fundamentar la concurrencia de una situación de legítima defensa de todos modos: en primer lugar, si bien es cierto que en los supuestos de *ticking bomb* el terrorista omite dar información relevante para desactivar el artefacto, ésta es producto de una acción precedente dolosa, por lo que la omisión puede verse subsumida en aquélla; y, en segundo lugar, como

supuesto, la muerte del terrorista está justificada en aplicación de la legítima defensa de terceros<sup>129</sup>. Por tanto, ¿es posible apreciar esta eximente en caso de concurrir un hecho típico constitutivo de delito de tortura, del mismo modo que ocurre respecto a los homicidios, las lesiones o las violaciones? ¿O, por el contrario, dicha práctica contiene unas características tales que conllevan que no pueda justificarse nunca?

En primer lugar, hay autores que aluden a la dignidad humana (que resulta atacada por la tortura) como bien de tal calibre cuyo ataque no es posible de justificar bajo ninguna circunstancia<sup>130</sup>. Sin embargo, tal solución plantea, a mi modo de ver, dos problemas. Por un lado, no se aporta ningún argumento lo suficientemente sólido e incontrovertido que demuestre que la dignidad o la integridad moral de una persona es un bien de mayor relevancia que su vida<sup>131</sup>. Por tanto, si matar puede estar justificado mediante la legítima

---

indica PALERMO, Omar, *La legítima defensa*, Barcelona, 2006, pp. 276-277, “es posible reaccionar en legítima defensa tanto contra una acción como contra una omisión, siempre y cuando el quebrantamiento de la prohibición o el mandato se fundamente en la infracción de un deber negativo” –por el contrario, el cumplimiento de un deber positivo no puede exigirse mediante legítima defensa, sino que sólo cabe el estado de necesidad-. Así, puesto que el terrorista detenido “organizó” la colocación precedente de la bomba, su omisión posterior quebranta un deber negativo y, por tanto, puede reaccionarse en legítima defensa frente a ésta.

<sup>129</sup> Del mismo modo, el intento de asesinato de una persona secuestrada que se encuentra en un lugar sólo conocido por el autor de los hechos (éste es el “caso de Harry el sucio”, en el que el autor admite que su víctima morirá por asfixia) es estructuralmente idéntico a aquél en el que el secuestrador de un banco intenta huir utilizando a un rehén como escudo. Por tanto, si en este segundo supuesto no hay duda de que disparar y matar al autor de los hechos está justificado por aplicación de la legítima defensa, también tiene que estar justificada la tortura cometida en el primer caso.

<sup>130</sup> Recientemente GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 11 ss., con ulteriores referencias; y DIAS, “Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal?”, pp. 207 ss.

<sup>131</sup> Uno de los (dos) argumentos de GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 11 ss., para rechazar la justificación de la tortura es el siguiente: si la tortura atenta contra la dignidad humana, pero debe autorizarse en los casos de las bombas de relojería, porque el candidato a la tortura ha provocado de manera responsable la situación”, se propone “de manera implícita la regla según la cual: *la dignidad [es] algo que p[uede] perderse por el comportamiento precedente propio (“regla de la caducidad”)*. Aquél que se ha comportado mal pierde, a causa de su mal comportamiento, la pretensión de no ser torturado y que su dignidad humana sea respetada”. Sin embargo, también quien intenta cometer un homicidio, una vez comienza la tentativa, pierde la pretensión de que no se le mate y que su derecho a la vida sea respetado. De este modo, en mi opinión, hay que argumentar por qué la dignidad humana es un bien superior a la vida que no puede perderse ni por el propio actuar precedente, lo que GRECO no hace. Por su parte, DIAS, “Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal?”, p. 226, considera que la dignidad humana constituye un límite último a cualquier ponderación. A su juicio, no se puede permitir una acción cosificadora que reduzca al ser humano a la condición de objeto manipulable. Ahora bien, ¿qué cosifica más a una persona que matarlo, que privarlo de su vida, que otro decida por ti si vives o mueres? Respecto a esta cuestión, SUSSMAN, David, “What’s wrong with torture?”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, nº 1, January 2005, pp. 1-33, p. 4, fundamenta la mayor gravedad de la tortura, en relación a otros tipos de violencia característicos de la acción policial, en que la tortura fuerza a su víctima a estar en una posición en la que tiene que operar en secreto contra sus propios afectos y emociones. De este modo, el torturado se experimenta a sí mismo como cómplice en su propia violación, lo que conlleva una vulneración de la autonomía de la víctima y una farsa en las relaciones morales básicas de las que un individuo es portador con uno mismo y con los otros. A su juicio, la tortura no es sólo una extrema forma de crueldad, sino

defensa, también puede estarlo torturar<sup>132</sup>. Por el otro lado, si la prohibición absoluta de esta práctica se fundamenta en el mero atentado contra la dignidad de las personas, la tortura cometida por particular también debería ser típica, puesto que la conducta en sí es idéntica y vulnera el mismo bien jurídico. Sin embargo, la tortura sólo se castiga como forma de violencia patrocinada por el Estado, esto es, cuando el sujeto activo es un funcionario público<sup>133</sup>.

De hecho, tal configuración legal pone de relieve donde reside el verdadero peligro de permitir esta práctica: hay que mantener la tortura desterrada de los ordenamientos jurídicos democráticos no tanto por el bien jurídico individual atacado en sí, sino, principalmente, por quién y cómo se vulnera. A saber, su utilización institucionalizada puede convertirse en una medida de abuso por parte del poder estatal<sup>134</sup>, situación que, en último término, conllevaría el fin de las normas que rigen una democracia<sup>135</sup>. Como indica IGNATIEFF<sup>136</sup>, “las democracias limitan los poderes que los gobiernos pueden justificadamente ejercer sobre los seres humanos que gobiernan”, y “estas limitaciones incluyen una prohibición absoluta de someter a las personas a formas de dolor que les despojan de su dignidad, su identidad e incluso su cordura”. De aquí que, como se acaba de indicar, la apreciación del estado de necesidad no sea posible en supuestos de tortura. La realidad demuestra que dejar en las manos de un gobierno la decisión a favor de esta

---

también una traición con uno mismo; en el mismo sentido, véase RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, pp. 115-116. Por el contrario, es crítico con esta postura STEINHOFF, “Torture – The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, p. 339.

<sup>132</sup> En el mismo sentido, GUR-ARYE, “Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations?”, pp. 191 ss.; MOORE, Michael S., “Torture and the Balance of Evils”, en *Israel Law Review*, 23, 1989, pp. 280-344, p. 323; y STEINHOFF, “Torture – The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz”, *passim*, pp. 337 y 342. A juicio de este último autor, tanto el supuesto de *ticking bomb* como el de “Harry el sucio” están justificados por aplicación de la legítima defensa. Sin embargo, según afirma, el espectro de supuestos en los que es posible torturar en legítima defensa es más amplio que el que permite esta causa de justificación según las normas generales elaboradas por la dogmática de la teoría jurídica del delito. En su opinión, el miembro de un grupo terrorista podría ser torturado, incluso si no sabe donde está la bomba y también acepta el riesgo de torturar a un inocente (pp. 344-345).

<sup>133</sup> El art. 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes establece que sólo pueden constituir actos de tortura los “*infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia*”; y, el art. 174 CP alude a la autoridad o funcionario público en su apartado primero, y, en el segundo, a la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias y de centros de protección o corrección de menores, como únicos sujetos activos de este delito. Por tanto, la tortura cometida por particulares no es punible como tal, sino como forma de lesiones, amenazas y/o delitos contra la integridad moral. En este sentido, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, p. 34 pone de relieve la dicotomía Estado-individuo en dicho ámbito.

<sup>134</sup> En este sentido, IGNATIEFF, *El mal menor*, p. 181, pone de relieve que “la democracia liberal está contra la tortura porque está en contra de cualquier uso ilimitado del poder público contra los seres humanos, y la tortura es la forma de poder más desenfrenado que una persona puede ejercer contra otra”.

<sup>135</sup> En este sentido, véase GRACIA MARTÍN, Luís, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-02 (2005), pp. 1-43, p. 42; y MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo, Valencia, 2002, p. 118.

<sup>136</sup> IGNATIEFF, “Si la tortura funciona”, p. 7.

práctica es un mal superior que la eventual muerte de civiles, cualquiera que sea el número que se quiera poner en la balanza, puesto que la experiencia demuestra que se abusa de ella<sup>137</sup>.

Sin embargo, los requisitos exigidos para aplicar la legítima defensa impiden, precisamente, la existencia de una política sistemática de torturas indiscriminadas, como medio para alcanzar mayor eficacia en la lucha contra el terrorismo. Los límites (legales y doctrinales) de esta causa de justificación imposibilitan la denominada “rotura de dique”, es decir, evitan que esa posición de poder se perpetúe y se abuse de su práctica.

La doctrina alude a los peligros de la “rotura de dique” en referencia a la posibilidad de que la tortura se expanda una vez se ha aceptado permitirla en algunos casos<sup>138</sup>, lo que viene propiciado por los supuestos de la bomba de relojería. Como apunta MOLINA FERNÁNDEZ<sup>139</sup>, el caso de *ticking bomb* nuclear es hipotético, puesto que difícilmente puede llegar a darse, y emotivamente muy cargado. De este modo, “una vez que se obtiene una primera concesión no hay más que ir bajando por la pendiente resbaladiza para alcanzar en poco tiempo el régimen ordinario del terror”<sup>140</sup>. Sin embargo, en mi opinión, la aplicación de los requisitos generales de la legítima defensa impide esta “rotura de dique” o “pendiente resbaladiza” a la que aluden los citados autores<sup>141</sup>, es decir, evita el problema de que la práctica de la tortura se implante y provoque un daño permanente al ordenamiento jurídico. Por tanto, incluso aceptando las dos siguientes premisas: que el sistema integral de justificación está “presidido por el estado de necesidad como regla general y acompañado de otras causas con grados de especialidad creciente”; por lo que “en situaciones de conflicto el Derecho debe racionalmente inclinarse por el mal Menor” **en cualquier propuesta de justificación**<sup>142</sup>; en un verdadero caso de *ticking bomb* las normas de la legítima defensa optan por el mal menor, es decir, se salvan vidas humanas y no hay posibilidad de justificar ningún Guantánamo con base en sus postulados.

---

<sup>137</sup> En el mismo sentido, RAMSAY, “Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified”, p. 114; y HUSTER, Stefan, “Terrorismo y Derechos Fundamentales”, en AA.VV, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, 2010, pp. 9-31, p. 27. A juicio de este autor, “sería muy sorprendente, dada la posibilidad de llevar a cabo investigaciones con éxito, que esta clase de métodos pudiera limitarse y controlarse con claridad”.

<sup>138</sup> Cfr. GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 17-18, con ulteriores referencias, quien utiliza este argumento como secundario a favor de la prohibición absoluta de la tortura; y LARRIBA HINOJAR, “Crítica al empleo de interrogatorios y tortura para producir inteligencia frente al terrorismo”, pp. 7-8.

<sup>139</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 282.

<sup>140</sup> Lo que, en su opinión, representa un mal mayor. Es decir, a su juicio, “el argumento de la *ticking bomb* opera como un caballo de Troya. Le abrimos las puertas y finalmente la fortaleza de los derechos humanos es tomada” (MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, p. 280. En el mismo sentido, GERSTEIN, “¿Tienen derechos los terroristas?”, p. 106). También DRATEL, “The curius debate”, p. 112, alude a esta pendiente (*slippery slope*), y se pregunta dónde se encuentra un final racional, esto es, si puede pararse una vez se acepta como válido el uso de la tortura. Y, es que, como indican COLE/LOBEL, *Less Safe, Less Free*, p. 191, el fenómeno de la pendiente resbaladiza sugiere que una vez las autoridades se ven libres para crear reglas destinadas a hacer frente a situaciones de emergencia, se incrementa la probabilidad de emplear tales poderes en momentos en los que ya no exista emergencia alguna.

<sup>141</sup> De otra opinión, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, p. 49.

<sup>142</sup> Ésta es la opinión de MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 278-280.

En realidad, en el ámbito del homicidio, son contadas las resoluciones que aplican la eximente completa de legítima defensa o de cumplimiento del deber o ejercicio legítimo del cargo a los agentes de la autoridad que matan a un tercero en el ejercicio de sus funciones (así, por ejemplo, las SSTS de 31-12-96, RJ 1127; 4-12-91, RJ 8975). Generalmente, se condena por la causación de la muerte (entre otras, STS 23-1-02, RJ 2633). Por tanto, no puede inferirse de la experiencia del homicidio una aplicación desmesurada de causas de justificación en el ámbito de la actuación policial. En consecuencia, no hay indicios para afirmar que las cosas tengan que ser diferentes en los supuestos de tortura.

De entrada, es esencial distinguir entre la “tortura preventiva” y la “tortura reactiva”. La legítima defensa sólo es posible frente a una agresión ilegítima, esto es, como resistencia u oposición a un hecho en fase de tentativa que no se haya consumado<sup>143</sup>. Desde esta perspectiva, la acción defensiva es, precisamente, reacción a ese acto prohibido, no prevención, de modo que “no forman parte del ámbito regulativo de la legítima defensa las ‘defensas’ que se anticipan netamente a la agresión”, lo que sucede en “los casos de ‘defensa’ frente a agresiones futuras”, esto es, en “los supuestos llamados de ‘legítima defensa preventiva’”<sup>144</sup>. Por el contrario, los servicios de seguridad de Israel o los EEUU<sup>145</sup> están

---

<sup>143</sup> Cfr. BALDÓ LAVILLA, Francisco, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, pp. 284 ss. Como pone de relieve el citado autor, la actualidad de la agresión es un requisito esencial de la eximente, aunque ya no es tan pacífica la propia delimitación de lo que deba entenderse por “actual”. Una de las soluciones, la cual es la acogida por BALDÓ LAVILLA y también es la que se sigue en este trabajo, es la de la tentativa, de modo que no se consideran ilegítimas las agresiones futuras y las agresiones en fase de preparación. Por el contrario, a juicio de ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 619-620, aunque la equiparación de la actualidad de la agresión con el comienzo de la tentativa es una solución ampliamente acogida por la doctrina penalista, es teleológicamente equivocada. En su opinión, junto a la tentativa también puede considerarse agresión actual la estrecha fase final de los actos preparatorios.

<sup>144</sup> BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 290 ss. Este autor trata la figura de la legítima defensa preventiva vía estado de necesidad defensivo.

<sup>145</sup> Alberto Gonzales es el responsable de un memorando, fechado el 1 de agosto de 2002, cuando desempeñaba el cargo de Consejero de la presidencia, “en el que se pretende dar sustento a la legalidad de actos de tortura a prisioneros sospechosos de terrorismo realizados fuera de EEUU” (*Memorandum for Alberto Gonzales. Counsel to the President. Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A*. Disponible en internet: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/documents/dojinterrogationmemo20020801.pdf>; última fecha de visita el 30 de septiembre de 2007; y, en GREENBERG/DRATEL (eds.), *The Torture Papers*, pp. 172 ss.). Para ello, entre otros argumentos (sobre estos véase LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb” [2ª versión], pp. 57 ss. y 67-68), acude a las figuras de la legítima defensa y del estado de necesidad. En primer lugar, con base en la legítima defensa (de terceros) concluye que ésta es aplicable a un sujeto que tortura para prevenir futuros ataques terroristas, puesto que actúa para proteger a otros. Sin embargo, como apunta LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb” (2ª versión), pp. 62-64, la legítima defensa presupone un ataque, y en los supuestos de defensa preventiva el torturado no está agrediendo a nadie. En segundo lugar, con base en la causa (supralegal) del estado de necesidad, concluye “que cualquier mal que pudiera causarse durante un interrogatorio es ‘insignificante’ si se compara con el mal evitable, la probable muerte de miles de personas por nuevos atentados como el de las torres gemelas, **en preparación** por células terroristas internacionales”. Así, “como nada hay más importante que obtener información vital para la protección de miles de ciudadanos americanos, las limitaciones a la tortura podrán no aplicarse” (cfr. MOLINA FERNÁNDEZ, “La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema”, pp. 276-277, negrita

utilizando la tortura, precisamente, como método de prevención de atentados terroristas que **podrían** producirse en el futuro, esto es, de los que se sospecha que se están planeando o preparando, o más lejos todavía, que podrían llegar a planearse o prepararse. Por tanto, la inminencia de los escenarios de *ticking bomb* sólo puede ser entendida en el sentido de agresión ilegítima en la legítima defensa, lo que implica comienzo de tentativa<sup>146</sup>, y no preparación, o, mucho menos, posibilidad de ataque<sup>147</sup>.

En segundo lugar, la legítima defensa sólo permite reaccionar contra los autores (o partícipes<sup>148</sup>) del ataque, es decir, contra los agresores<sup>149</sup>. De este modo, se derivan dos

---

añadida). Son muy críticos con el citado memorando LUBAN, "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb" (2ª versión), pp. 55 ss.; y WALDRON, "Torture and Positive Law", p. 1.683.

<sup>146</sup> Ciertamente, el comienzo de la tentativa es una de las cuestiones más debatidas en Derecho Penal (véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, 2001, *passim*, pp. 17 ss.). Ahora bien, siguiendo la teoría de los actos intermedios, la cual retrasa el inicio de la ejecución al momento en que exista inmediatez de la acción e inmediatez temporal (p. 70), hay muy poco espacio para la tortura justificada. Así, la tentativa en un caso de *ticking bomb* comienza cuando el autor se aproxima directamente a accionar el detonador (p. 80). Por tanto, la práctica de la tortura sólo es posible cuando la bomba ya está en marcha (aunque todavía falten horas o, incluso, algunos días para estallar, puesto que la ausencia de inmediatez temporal no quiebra la "unidad de ataque"; p. 80). En este punto, es curioso el siguiente argumento de DIAS, "Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal?", p. 230, que, entre otros, le sirve para afirmar que no es posible reconducir la tortura a la legítima defensa. Según afirma este autor, "**muchas veces** no habrá una agresión actual, pues la explosión podría tener lugar horas o días después". Así, concluye, se trataría "de una anticipación de defensa". Sin embargo, a mi juicio, si ha comenzado la tentativa con la activación de la bomba no hay anticipación. No obstante, téngase presente que cuanto más tiempo haya de transcurrir para que el artefacto en funcionamiento explote, más posibilidades habrá de conseguir su desactivación a través de otros medios, por lo que faltará el requisito de la "*necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla*" (véase a continuación en el texto de este apartado). Además, en los supuestos de fases intermedias retardadas (pp. 79-80), esto es, cuando un terrorista deja listo un dispositivo explosivo para accionarlo con posterioridad, no cabe la tortura. Por tanto, si se detiene a un sujeto que ha colocado una bomba que tiene que ser detonada por un tercero, puesto que la tentativa no habrá comenzado con la simple colocación (sino cuando este otro terrorista se dirija a accionar el dispositivo), no es posible torturar al preso.

<sup>147</sup> La Sentencia de la Corte Suprema de Israel de 6 de septiembre de 1999, admite la tortura para preservar la vida humana en caso de necesidad inminente. Sin embargo, el criterio de la inminencia "es satisfecho incluso si la bomba está preparada para explotar días después, o quizás incluso en algunas semanas, siempre que el peligro sea cierto y no haya alternativa para prevenirlo".

<sup>148</sup> En la doctrina no se especifica si es posible actuar en legítima defensa contra el partícipe en una agresión ilegítima. Ciertamente, no es fácil imaginar casos en los que atentar contra el cooperador puede evitar el mal que se cierne sobre el agredido. Sin embargo, el siguiente supuesto constituye un ejemplo: en una violación, el sujeto A (autor) es quien tiene acceso carnal sobre la víctima, mientras el sujeto B (partícipe), de complexión más robusta, la mantiene inmóvil. Hay que matizar que, en realidad, lo correcto sería calificar esta conducta de coautoría, desde cualquier teoría, formal o material, sobre la autoría, pues ambos sujetos realizan actos típicos ejecutivos nucleares. De hecho, en el delito de robo con violencia o intimidación es coautor tanto quien realiza el acto de apoderamiento como aquél que ejerce actos de violencia o intimidación. Sin embargo, en el delito de violación, tanto la jurisprudencia (SSTS 24-1-08, RJ 2004; 26-6-07, RJ 3958) como la doctrina (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio, "El llamado delito de violación en el nuevo Código Penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996", en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 13-173, p. 57; y ORTIS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia, 1995, pp. 140-141)

consecuencias: por un lado, no podría torturarse al insolidario<sup>150</sup>; ni, por el otro, a una persona sin indicios de su intervención consciente en los hechos. Indicios cuyo parámetro de verosimilitud debería ser el del espectador normativo *ex ante* en la situación del autor, el cual también hubiese optado por tortura<sup>151</sup>, esto es, una posibilidad rayana a la certeza

---

califican estas ayudas de cooperación necesaria. Retomando, pues, el ejemplo: ante dicha situación, un policía dispara contra B causándole una lesión, puesto que no tiene a tiro al autor material de los hechos, siendo éste el único modo de evitar la agresión sexual que está teniendo lugar. Así, pues, es perfectamente defendible que la conducta de tal agente está justificada al actuar en legítima defensa de terceros, sin vulnerar las normas generales de esta institución. Por tanto, en un supuesto de *ticking bomb*, también podría torturarse al partícipe en el hecho que, pese a no haber activado la bomba, ha intervenido antes o durante su ejecución y conoce la clave de desactivación: por ejemplo, ha sido quien ha confeccionado el artefacto explosivo. En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, p. 955, texto y nota 11, indica que la legítima defensa exige que el torturado haya intervenido, es decir, que haya sido autor o partícipe, en el secuestro o en la colocación del explosivo.

<sup>149</sup> BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 263, pone de relieve que la situación de defensa necesaria “requiere intervenir en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del sujeto plenamente competente por la fuente de peligro amenazante”; y PALERMO, *La legítima defensa*, p. 377, considera que, en una situación de legítima defensa, el peligro de lesión no puede serle atribuido a un tercero, “sino que es el agresor quien debe cargar con las consecuencias del curso lesivo que él mismo ha generado responsablemente”. De la misma opinión es GAETA, “May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorist?”, p. 791, quien indica que en la legítima defensa, a diferencia del estado de necesidad, el crimen se comete contra la persona quien ha infringido la ley, atacando a otros. Véanse, también, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, p. 40; y GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, p. 955, quienes ponen de relieve que la tortura ha de limitarse a la persona del agresor o atacante.

<sup>150</sup> Además, respecto a esta cuestión, por un lado, la doctrina dominante se muestra contraria a incluir las omisiones propias en el concepto de agresión, con el argumento de que el omitente no tiene el deber de evitar el resultado (cfr. PALERMO, *La legítima defensa*, *passim*, p. 276); y, por el otro, hay que indicar que aunque a juicio de este autor tal conclusión parte de un punto de partida metodológicamente cuestionable, PALERMO llega a la misma solución de todos modos (pp. 276-277). En su opinión, se trataría de un caso de omisión que infringiría un mandato positivo, lo que imposibilita la aplicación de la legítima defensa.

<sup>151</sup> Es cierto que siempre podrá producirse un error. Sin embargo, si la percepción de ese espectador normativo fuese que el detenido intervino en los hechos y conocía la clave de desactivación, tal error (sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación) será invencible, por lo que nos hallaremos ante un caso de legítima defensa putativa que exime totalmente de pena (cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 268 y 294 ss.). Ahora bien, en caso de tratarse de un error vencible, la solución en el ordenamiento jurídico español también podrá ser el de la impunidad, según el tratamiento que se dé a dicho error. Así, con base en la teoría del dolo, si se considera que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación excluye tal elemento, aquél se tratará como un error de tipo. Por tanto, si es vencible constituirá una imprudencia que, en los supuestos de tortura, no está expresamente tipificada en nuestro Código Penal. Por el contrario, si se sigue la teoría estricta de la culpabilidad, según la cual el error sobre una causa de justificación será siempre error de prohibición que atenúa la pena si es vencible (art. 14.3 CP), tal hecho podrá castigarse, aunque con una pena inferior en uno o dos grados (cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona, 2008, p. 447). En definitiva, pues, las normas elaboradas por la teoría jurídica del delito para esta clase de error también pueden ser aplicables a un supuesto de tortura.

para cualquier persona<sup>152</sup>. Precisamente, tal requisito es el que convierte en muy improbable un verdadero caso de *ticking bomb*<sup>153</sup>, aunque no en imposible.

Así, la crítica de LUBAN<sup>154</sup> a MOORE<sup>155</sup> se basa en que la solución de la legítima defensa no es aplicable cuando hay dudas sobre la propia agresión o sobre si se evitará el mal, y da a entender que este conocimiento nunca será total en la práctica (por lo que faltarán las premisas para su aplicación). Ahora bien, respecto al conocimiento de la agresión podría suceder que un policía detuviese al terrorista justo después de la activación del dispositivo y en ese mismo lugar. Y, por lo que se refiere al conocimiento seguro de la evitación del mal, la legítima defensa no requiere que haya seguridad absoluta de salvación. Si, por ejemplo, un policía abate a tiros a un sujeto que está intentando matar a una tercera persona, pero el agresor, antes de morir, consigue de todos modos su objetivo, la conducta del agente también está justificada.

En tercer lugar, sólo cuando no exista una posibilidad menos lesiva de obtener el mismo resultado la tortura estará justificada (necesidad en concreto)<sup>156</sup>. Así, por ejemplo, si se trata de una bomba que puede ser desactivada por los cuerpos especiales de la policía, falta la necesidad en abstracto de la legítima defensa.

Por último, también en este ámbito serían de aplicación los límites ético-sociales a la legítima defensa<sup>157</sup>. Como indica PALERMO<sup>158</sup>, “una defensa escandalosamente desproporcionada frente a una agresión insignificante supondría una negación del derecho de solidaridad mínima que tiene el agresor”. Así, a mi juicio, no estaría justificado torturar para impedir un delito contra el patrimonio: por ejemplo, se ha detenido al partícipe de un robo que se está llevando a cabo en ese momento por sus autores, y se plantea la tortura para que dicho sujeto diga donde está teniendo lugar<sup>159</sup>. Ahora bien, del mismo modo, tampoco podría matarse justificadamente en el siguiente supuesto: disparar a un órgano

---

<sup>152</sup> Ciertamente, si se quieren evitar abusos, la probabilidad de que el sujeto detenido tenga información crucial sobre el código de desactivación y/o el lugar donde se halla la bomba ha de ser muy alta (véanse GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes”, p. 955; y LUBAN, “Liberalism, Torture, And The Ticking Bomb”, p. 1.442).

<sup>153</sup> Como indica SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, pp. 284, el escenario de “ticking bomb” es altamente improbable. Y, en efecto, no lo es tanto porque no se den en la práctica estos casos, sino porque la seguridad de que la persona detenida y torturada sepa el código de desconexión de un artefacto a punto de estallar (o el paradero de una persona secuestrada) es muy difícil (cfr., también, WEISBERG, “Loose Professionalism”, p. 304).

<sup>154</sup> LUBAN, “Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb” (2ª versión), p. 64.

<sup>155</sup> MOORE, “Torture and the Balance of Evils”, p. 323.

<sup>156</sup> Es decir, cuando falte el requisito de la necesidad racional del medio empleado (art. 20.4º CP), debido a que la información podría obtenerse a través de mecanismos que no implicasen el uso de la tortura, esta práctica tampoco estará justificada (en el mismo sentido, SCARRY, “Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz”, p. 285).

<sup>157</sup> Sobre esta cuestión véase PALERMO, *La legítima defensa*, pp.341. ss

<sup>158</sup> PALERMO, *La legítima defensa*, p.346.

<sup>159</sup> Ejemplo propuesto por la Dra. Yamila Fakhouri Gómez durante el seminario de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra.



vital para detener al ladrón que está huyendo con el botín, como única forma posible de evitar la consumación del hecho.

En conclusión, pues, en el ámbito del terrorismo el caso propuesto es más de laboratorio que real<sup>160</sup>, y queda muy lejos de Guantánamo y *Abu Ghraib*<sup>161</sup>. Ciertamente, existe una gran diferencia entre torturar a alguien para salvar la vida de muchas personas, en una situación de legítima defensa, que hacerlo de modo indiscriminado para conseguir pruebas e indicios que hagan avanzar una investigación sobre la actividad terrorista<sup>162</sup>. Por tanto, justificación de la tortura con base en la ponderación de intereses del estado de necesidad y justificación de la tortura mediante la legítima defensa son cosas totalmente distintas<sup>163</sup>, a mi modo de ver.

### 3.3. El cumplimiento del deber y el ejercicio legítimo del deber, oficio o cargo

La solución de la legítima defensa también resulta inviable para quienes consideran que esta causa de justificación no ampara en su actuación a los miembros de los cuerpos de seguridad<sup>164</sup>. Sin embargo, como ellos mismos ponen de relieve, el sector doctrinal dominante<sup>165</sup> afirma que la legítima defensa sí es predicable respecto a los agentes de la autoridad.

---

<sup>160</sup> En este sentido, BUFACCHI/ARRIGO, "Torture, Terrorism and the State", pp. 358-359, consideran que los casos de *ticking bomb* son tan improbables, que tienen más afinidad con la ciencia ficción que con la ciencia política. Es de la misma opinión, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, p. 37.

<sup>161</sup> En el mismo sentido, SCARRY, "Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz", p. 282; STEINHOFF, "Torture – The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz", p. 348, quien pone de relieve que las torturas que suceden o han sucedido en *Abu Ghraib*, Afganistán y Guantánamo no tienen nada que ver con los casos de *ticking bomb* o de rehenes que morirán si no son rescatados. Y añade que lo mismo puede decirse de la mayoría de otros supuestos de tortura. En realidad, afirma, los supuestos de *ticking bomb* y de "Harry el sucio" son excepcionales; y WALDRON, "Torture and Positive Law", p. 1.717.

<sup>162</sup> Como pone de relieve WALDRON, "Torture and Positive Law", p. 1.715, lejos de los casos de *ticking bomb*, la tortura está siendo utilizada por los servicios americanos para acumular montones de pequeñas piezas de información insignificante, que sólo podrían convertirse en relevantes cuando se acumulen con otras piezas obtenidas por el mismo u otros caminos. También en este sentido GÓMEZ BENÍTEZ, "Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes", pp. 958 ss., indica que la mal llamada guerra permanente contra el terrorismo pretende justificar la tortura desvinculada de las situaciones de inminente riesgo o actualidad de una agresión ilegítima, lo que es ilegítimo.

<sup>163</sup> De otra opinión, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, p. 49, opina que la legítima defensa haría al acto de tortura legal, lo que crearía una contradicción irreconciliable entre sostener la prohibición a nivel estatal y abandonarla a nivel de justificación individual; y DE LA CUESTA ARZAMENDI, "¿Justificación de la tortura?", pp. 696 y 705, con ulteriores referencias (p. 696, nota 5), considera que es imposible la justificación penal de cualquier acto de tortura.

<sup>164</sup> De esta opinión, PALERMO, *La legítima defensa, passim*, pp. 364 ss.; y QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, "Tirar a matar", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 21, 1983, pp. 729-744, pp. 734 ss., con ulteriores referencias. En la literatura extranjera, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Madrid, 1997, pp. 478 ss.; y DIAS, "Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal?", p. 223. Sobre esta cuestión, véase, también, GÓMEZ BENÍTEZ, "Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes", pp. 954-955.

<sup>165</sup> Cfr. PALERMO, *La legítima defensa*, p. 365. Entre ellos, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 656 ss.

A estos autores sólo les queda acudir, si quisieran justificar los supuestos de *ticking bomb*, a la eximente del cumplimiento del deber o del ejercicio legítimo del cargo<sup>166</sup>. Ahora bien, respecto a la primera, su aplicación me parece inviable: no creo que pueda afirmarse que los agentes de la autoridad tienen un deber torturar (y lo mismo es trasladable a la existencia de un deber de matar o de lesionar). Ciertamente, esta cuestión nos conduce a cómo definir los deberes exactos que tienen las autoridades: éstos tienen un deber de actuar con decisión ante determinados peligros e incluso un deber de usar las armas (art. 5.2 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de seguridad). Sin embargo, de tales previsiones no se deriva, a mi juicio, un deber de atentar contra la integridad física de las personas.

Además, si éste deber existiera tendría que afirmarse responsabilidad en comisión por omisión por la muerte de un sujeto que se podría haber evitado matando o torturando al agresor. De aquí, si se quiere ser coherente, que los policías no tengan responsabilidad en estos casos conlleva, como contrapartida, que no pueden actuar amparados por el cumplimiento del deber cuando agredan a un tercero para defender (la vida o integridad de) otro (previamente atacado). Pero, que no se obligue a la autoridad a actuar en legítima defensa no significa que no se le autorice.

Por tanto, la otra opción, esto es, aplicar la causa de justificación consistente en el ejercicio legítimo del cargo, con los mismos límites que los elaborados para la legítima defensa, también me parece una solución viable. En el fondo, creo, sería lo mismo pero con nombres distintos. De hecho, en la doctrina se ha planteado la duda sobre si el art. 20.7ª resulta o no superfluo, puesto que en otros países, por ejemplo, en Alemania, no se prevé ningún precepto paralelo<sup>167</sup>. Por tanto, la solución aportada en este trabajo para los supuestos de *ticking bomb* debería tener siempre los límites mencionados con independencia del rótulo que quisiera usarse: bien legítima defensa, bien ejercicio legítimo del cargo. En este segundo caso, puesto que la ley no especifica los requisitos de tal causa de justificación, sólo sería legítimo torturar cuando: existiese una agresión actual, no hubiera otro medio menos lesivo para conseguir la desactivación de la bomba, y, por último, no concurriera ningún límite ético-social.

Dicho lo anterior, pues, a mi juicio hay tres opciones para solventar la cuestión de qué causa de justificación es aplicable a las autoridades, las cuales se corresponden con las tres posibilidades que el ordenamiento jurídico otorga a sus ciudadanos: obligarles, prohibirles o permitirles realizar una conducta.

1- Así, la primera pasa por afirmar que existe un deber de matar y de torturar, por lo que la autoridad responde en comisión por omisión si no lo hace. El rótulo de esta solución sería: **OBLIGADO MATAR/TORTURAR**. No obstante, esta postura plantea dos problemas: por un lado, no respeta los convenios internacionales y la constitución (que garantizan el

---

<sup>166</sup> Sobre estas eximentes y su delimitación véase SÁNCHEZ GARCÍA, M<sup>a</sup> Isabel, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Barcelona, 1995, pp. 51 ss.

<sup>167</sup> Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 482-483.

derecho a la vida y prohíben la práctica de torturas: una cosa es que el ordenamiento autorice en algunos casos a cometer delitos, legítima defensa, y otra que se obligue a ello); y, por el otro lado, creo que esta solución conlleva que los límites de la comisión por omisión puedan desbordarse hasta el punto de pedir responsabilidad al garante que no evita la lesión del bien jurídico respecto del cual tiene el deber de salvaguarda, incluso cuando esta evitación sólo puede conseguirse matando, lesionando o “torturando” al tercero agresor. Por ejemplo, ¿el padre que no mata (porque ni lo intenta) al agresor de su hijo en legítima defensa, responde en comisión por omisión del homicidio de su vástago? ¿Tenía el deber de matar? Además, esta amalgama de problemas nos conduce a otra ulterior cuestión: cómo solventar el rango de los deberes en las situaciones de colisión: en estos casos ¿tiene mayor rango el deber de salvaguarda (institucional y/o por organización) o el deber (organizativo) de no interferir en esferas jurídicas ajenas?

Una variante de tal propuesta pasaría por afirmar que hay deber de matar pero no de torturar. Ahora bien, además de los problemas que se acaban de apuntar se añade, de nuevo, el de por qué se otorga mayor rango a la dignidad que a la vida de las personas.

2- La segunda solución, que es la que a mí más me convence, puede resumirse bajo el rótulo PERMITIDO MATAR/TORTURAR: no hay deber (por lo que no nos encontramos en el ámbito del cumplimiento del deber), pero existe una potestad (a través de la figura de la legítima defensa o también podría admitir el ejercicio legítimo del cargo).

3- Finalmente, la tercera solución se corresponde al rótulo PROHIBIDO MATAR/TORTURAR: hay deber de no matar y de no torturar sin excepción, por lo que aunque la policía mate o torture en defensa de terceros, se la tiene que castigar. Ciertamente, esta es la solución que muchos autores acogen para la tortura pero no para el homicidio, lo que, ya he dicho, no me parece coherente, porque no explican de dónde proviene ese mayor rango del derecho a la dignidad sobre la vida.

### **3.4. El estado de necesidad exculpante**

Por último, respecto a la posibilidad de la exculpación, esto es, de aplicar el estado de necesidad exculpante en un “caso de bomba de relojería”<sup>168</sup>, tal solución me parece inviable, tanto si se considera que el fundamento de dicha categoría se basa en la existencia de “una *situación motivacional* anormal a la cual el hombre medio hubiera sucumbido”<sup>169</sup>, como si se cree que el fundamento de la exculpación es la situación de conflicto (en la que hay que optar por el mal menor). Como es sabido, para aquellos que defienden la teoría de la diferenciación –como contraposición a la teoría de la unidad-, el estado de necesidad del art. 20.5º CP contiene tanto una eximente de justificación (cuando el mal causado es menor

---

<sup>168</sup> Por ejemplo, ROXIN, quien no abriga duda alguna sobre la antijuridicidad de cualquier tipo de acción de tortura, considera “plausible” la apreciación de una exculpación supralegal en situaciones catastróficas (cfr. GRECO, “Las reglas detrás de la excepción”, pp. 6-7, texto y nota 10). Recientemente, AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, pp. 62 ss. también aboga por esta solución.

<sup>169</sup> MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 598.

que el evitado) como de exculpación (cuando el mal causado es igual que el evitado)<sup>170</sup>. Desde este punto de vista, por tanto, la situación motivacional del sujeto activo no es relevante para la exculpación. Simplemente importa la valoración de los males en conflicto.

No obstante, sea como fuere, bajo la primera perspectiva, tal afectación de la motivación no puede predicarse del Estado, ni de sus agentes<sup>171</sup>. Por tanto, teniendo en cuenta que esta dimensión estatal es intrínseca al propio concepto de tortura, puesto que, como se ha indicado, tal delito sólo lo puede cometer quien sea autoridad o funcionario público, no puede disculparse su práctica.

Y, en relación con la segunda solución, es posible alegar que elegir la tortura es siempre un mal mayor –por lo que tampoco cabría la exculpación–, “si se valora todo lo que está en juego, y no sólo los intereses más conspicuos del conflicto”<sup>172</sup>. Ciertamente, puede plantearse que es dudoso que en la ponderación de intereses tenga que valorarse la posibilidad de que esa conducta se repita por parte de **terceras personas**, dando lugar, así, a los problemas aludidos sobre la pendiente resbaladiza. En otras palabras, ¿está legitimado tomar en consideración para ponderar los intereses en conflicto no sólo la utilidad del acto sino también la utilidad de la regla? Pues bien, en mi opinión sí. Piénsese que, en el fondo, este criterio se usa en muchos otros ámbitos en los que se entra a valorar si debe aplicarse o no el estado de necesidad como, por ejemplo y muy especialmente, en supuestos de tráfico de drogas. Como es sabido, es habitual que se plantee la aplicación de esta causa de justificación en aquellos casos en los que alguien ha traficado con drogas con la intención de salvar su vida o la de algún familiar enfermo, o sufragar gastos esenciales para su propia supervivencia o la de sus allegados. Así, en tales casos, a la hora de ponderar si la vida o integridad individual es de mayor rango o no que la salud pública, los tribunales, entre otros argumentos, aluden a los problemas de permitir el tráfico de drogas en todas las situaciones de penurias. Como indica la STS, 2ª, 19.6.2008 (Ar. 5811; MP: Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre), “la situación descrita en el ‘factum’ recurrido es lamentable (...), pero también es genérica, porque puede ser apreciada en otros muchos casos. **La legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una tesis con imprevisibles consecuencias**”<sup>173</sup>. Ciertamente, dada la existencia de desigualdades sociales, especialmente en los principales países productores de drogas, aceptar que situaciones de peligro grave para los bienes jurídicos individuales vida o integridad física llevaría, de facto, a la legalización del tráfico de drogas.

---

<sup>170</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, “Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español”, p. 664.

<sup>171</sup> Así, por ejemplo, el estado de necesidad exculpante del § 35 StGB beneficia sólo al amenazado o a personas allegadas a él (cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 691-692; y PERRON, Walter, “Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, en ESER, Albin/GIMBERNAT, Enrique/PERRON, Walter (eds.), *Justificación y exculpación en Derecho Penal*, Madrid, 1995, pp. 73-106, p. 87). Es por ello que AMBOS, *Terrorismo, tortura y Derecho penal*, p. 63, invoca una causa supralegal.

<sup>172</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, “Terrorismo y Derechos Fundamentales: la perspectiva penal”, p. 109.

<sup>173</sup> Negrita añadida.

#### 4. Conclusiones

Dicho todo lo anterior, puede observarse que los autores que han tratado esta cuestión usan tres tipos de limitaciones a la posibilidad de justificar la tortura, las cuales aparecen bien de forma individual, o bien, mayoritariamente, de modo conjunto, en sus trabajos: en primer lugar, se utilizan **límites legales** derivados de los convenios internacionales y de la propia Constitución, los cuales prohíben el uso de la tortura en todo caso; en segundo lugar, **límites deontológicos** basados en la dignidad humana como frontera infranqueable a esta práctica; y, por último, **límites utilitaristas** que toman como punto de partida el argumento de la “ruptura del dique” o “pendiente resbaladiza”: optar por la tortura comporta mayores males que los que se tratan de evitar.

Ahora bien, en mi opinión: respecto al primer límite, la doctrina no es unánime, y sea como fuere, la propuesta defendida en este trabajo todavía podría tener validez de *lege ferenda*; en relación con el segundo, he intentado poner de relieve que nadie ha aportado argumentos lo suficientemente sólidos como para que pueda afirmarse que no se puede justificar la tortura pero sí el homicidio –en el fondo, está latente la problemática de la ruptura del dique–; así, y por último, en cuanto al límite utilitarista, también he intentado argumentar que las fronteras legales y doctrinales de la legítima defensa evitan que la tortura se convierta en una medida política de poder.

Con todo lo expuesto, pues, no pretendo legitimar la práctica de la tortura de forma sistemática. Más bien al contrario. En este trabajo he intentado dar respuesta a aquéllos que, recientemente, han justificado las torturas utilizadas en la guerra contra el terror partiendo de los casos de *ticking bomb*. Lo que sostengo es que ambos supuestos no tienen nada que ver, de modo que no deberían “hacer trampas”. El caso de la bomba de relojería, muy difícil que se dé en la práctica, puede justificarse mediante la eximente de la legítima defensa. Lo que ha ocurrido en Irak, Guantánamo o *Abu Ghraib*, y, en general, en la guerra contra el terror es una aberración, al igual que lo que sucede o ha sucedido en otros países como Israel y el Reino Unido. Así, aunque, ciertamente, a mi juicio la prohibición de la tortura no es absoluta, puesto que, en algunas ocasiones, podría plantearse la aplicación de la legítima defensa, el derecho a la vida tampoco lo es, sin que esto legitime la práctica de muertes sistemáticas por parte de un Gobierno.

## ***Bibliografía citada***

Bruce ACKERMAN (2004), "The Emergency Constitution", en *The Yale Law Journal*, 113, March, pp. 1.029-1.091.

Jeffrey F. ADDICOTT (2003-04), "Into the Star Chamber: Does the United States Engage in the Use of Torture or Similar Illegal Practices in the War on Terror?", en *Kentucky Law Journal*, 92, Summer, pp. 849-912.

Mariano AGUIRRE (2005), "¿Hay dudas sobre la tortura?", en *La Vanguardia* de 22 de abril de 2005, p. 29.

Rafael ALCÁCER GUIRAO (2001), *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid.

Gregorio ÁLVAREZ ÁLVAREZ (1997), "El llamado delito de violación en el nuevo Código Penal. La jurisprudencia sobre el delito de violación del período 1989-1996", en ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Gregorio (Dir.), *Delitos contra la libertad sexual*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 13-173.

Kai AMBOS (2009), *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas a situaciones de emergencia*, Barcelona.

Yael ARIDOR BAR-ILAN (2007), "Justice: When Do We Decide?", en *Connecticut Law Review*, 39, February, pp. 923-972.

Francisco BALDÓ LAVILLA (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona.

Mateo G. BERMEJO (2005), "La ponderación de intereses en el estado de necesidad y el delito de tráfico de drogas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Marzo de 2005", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo III, pp. 939-965.

David W. BOWKER (2006), "Unwise Counsel", en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, pp. 183-202.

Vittorio BUFACCHI/ Jean Maria ARRIGO (2006), "Torture, Terrorism and the State: a Refutation of the Ticking-Bomb Argument", en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, nº 3, pp. 355-373.

CARLSMITH, Kevin M./SOOD, Avani Mehta (2009), "The Fine Line between Interrogation and Retribution", en *Journal of Experimental Social Psychology*, 45, pp. 191-196.

COHAN, John Alan (2007), "Torture and the Necessity Doctrine", en *Valparaiso University Law Review*, 41, Summer, pp. 1.587-1.632.

COHEN, Barak (2001), "Democracy and the Mis-Rule of Law: The Israeli Legal System's Failure to Prevent Torture in the Occupied Territories", en *Indiana International and Comparative Law Review*, 12, pp. 75-105.

COHEN, Stanley/GOLAN, Darhan (1991), "The interrogation of palestinians during the Intifada: ill-treatment, 'moderate physical pressure' or torture?", The Israeli Information Center for Human Rights in the occupied territories, March, ([http://www.btselem.org/Download/199103\\_Torture\\_Eng.doc](http://www.btselem.org/Download/199103_Torture_Eng.doc)).

COLE, David (2004), "Outlaws on torture", en *The Nation* de 28 de junio, ([www.thenation.com](http://www.thenation.com)).

COLE, David/LOBEL, Jules (2007), *Less Safe, Less Free. Why America Is Losing the War on Terror*, New York-London.

CONROY, John (2000), *Unspeakable Acts, Ordinary People: The Dynamics of Torture*, New York.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (1989), "¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional", en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, pp. 695-705.

DERSHOWITZ, Alan M. (2005), "Torture Should Be Legalized and Regulated", en *Is Torture Ever Justified?*, United States of America, pp. 22-25.

EL MISMO (2004), *¿Por qué aumenta el terrorismo? Para comprender la amenaza y responder al desafío*, Madrid, traducido por Gabriel Rosón.

EL MISMO (2004), "Tortured reasoning", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 257-280.

DIAS, Augusto (2010), "Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror", en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, pro manuscrito, pp. 207-254.

DORF, Michael C. (2006), "Renouncing torture", en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, pp. 247-252.

DORFMAN, Ariel (2004), "The Tyranny of Terror: is Torture Inevitable in Our Century and Beyond?", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 3-18.

DRATEL, Joshua (2006), "The curious debate", en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, pp. 111-117.

DUBENSKY, Joyce S./LAVERY, Rachel (2006), "Torture: An Interreligious Debate", en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, pp. 162-182.

ELSHTAIN, Jean Bethke (2004), "Reflections on the Problem of 'Dirty Hands'", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 77-89.

FELDMAN, Noah (2006), "Ugly Americans", en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, pp. 267-279.

GAETA, Paola (2004), "May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorist?", en *Journal of International Criminal Justice*, 2, pp. 785-794.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", en MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (Dir.), *Memento Penal*, en prensa.

GERSTEIN, Robert S. (1985), "¿Tienen derechos los terroristas?", en RAPOPORT, David C., *La moral del terrorismo*, Barcelona, pp. 94-114.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (2008), "Sobre la justificación de la tortura y el homicidio de inocentes y sobre el nuevo Derecho penal y procesal de la injusticia tolerable", en GARCÍA VALDÉS, Carlos/CUERDA RIEZU, Antonio/MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita/ALCÁCER GUIRAO, Rafael/VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Madrid, pp. 949-973.

GRACIA MARTÍN, Luís (2005), "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-02, pp. 1-43, (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

GRECO, Luís (2007), "Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*", en *Indret 2*, ([www.indret.com](http://www.indret.com)), traducido por Eduardo Riggi.

GREENBERG, Karen J./DRATEL, Joshua L. (eds.) (2005), *The Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*, New York.

GROSS, Oren (2004), "The Prohibition on Torture and the Limits of the Law", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 229-253.

EL MISMO (2004), "Are Torture Warrants Warranted?: Pragmatic Absolutism and Official Disobedience", en *Minnesota Law Review*, 88, June, pp. 1.481-1.555.



GUR-ARYE, Miriam (2004), "Can the War against Terror Justify the Use of Force in Interrogations? Reflections in Light of the Israeli Experience", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 183-198.

HEYMANN, Philip B. (2004), "Torture Should Not be Authorized", en DARMER, M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, pp. 215-217.

HOLMES, Stephen (2006), "Is Defiance of Law a Proof of Success?", en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, pp. 118-135.

HOLZER, Henry Mark (2005), "Torture Is Sometimes Justified", en *Is Torture Ever Justified?*, United States of America, pp. 16-21.

HUSTER, Stefan (2010), "Terrorismo y Derechos Fundamentales", en AA.VV, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, pp. 9-31, traducido por Ana Colomer Segura.

IGNATIEFF, Michael (2006), "Si la tortura funciona", en *Claves de razón práctica*, nº 162, pp. 4-7.

EL MISMO (2005), *El mal menor*, Madrid.

JAKOBS, Günther (1997), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Madrid, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo.

EL MISMO (2006), "¿Terroristas como personas en derecho?", en JAKOBS, Günther/CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Navarra, pp. 57-83, traducido por Manuel Cancio Meliá.

KREIMER, Seth F. (2003), "Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror", en *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 6, November, pp. 278-325.

KREMNITZER, Mordechai/SEGEV, Re'em (2000), "The Legality of Interrogational Torture: A Question of Proper Authorization or a Substantive Moral Issue?", en *Israel Law Review*, 34, Fall, pp. 509-559.

LARRIBA HINOJAR, Beatriz (2009), "Crítica al empleo de interrogatorios y tortura para producir inteligencia frente al terrorismo", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 12, pp. 1-9.

LEIN, Yehezkel (2007), "Absolute Prohibition. The Torture and Ill-treatment of Palestinian Detainees", The Israeli Information Center for Human Rights in the occupied territories, May, ([http://www.btselem.org/Download/200705\\_Utterly\\_Forbidden\\_eng.doc](http://www.btselem.org/Download/200705_Utterly_Forbidden_eng.doc)).

LEVINSON, Sanford (2003), "'Precommitment' and 'Postcommitment': The Ban On Torture In The Wake of September 11", en *Texas Law Review*, 81, June, pp. 2.013-2.053.

LLOBET ANGLÍ, Mariona (2010), *Derecho Penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid.

LUBAN, David (2005), "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb", en *Virginia Law Review*, 91, October 2005, pp. 1.425-1.461 (artículo con el mismo título ampliado en GREENBERG, Karen J. (ed.) (2006), *The Torture Debate in America*, New York, pp. 35-83 (citado: "Liberalism, Torture, and the Ticking Bomb" (2ª versión)).

MCCARTHY, Andrew C. (2006), "Torture: Thinking about the Unthinkable", en GREENBERG, Karen J. (ed.), *The Torture Debate in America*, New York, pp. 98-110.

EL MISMO (2004), "Abu Ghraib and Enemy Combatants", en *National Review Online*, 11 de mayo, ([www.nationalreview.com](http://www.nationalreview.com)).

MIR PUIG, Santiago (2008), *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2010), "Terrorismo y Derechos Fundamentales: la perspectiva penal", en AA.VV, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, pp. 73-112.

EL MISMO (2006), "La ponderación de intereses en situaciones de necesidad extrema: ¿Es justificable la tortura?", en CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.), *La respuesta del Derecho Penal ante los nuevos retos*, Madrid, pp. 265-284.

MOORE, Michael S. (1989), "Torture and the Balance of Evils", en *Israel Law Review*, 23, pp. 280-344.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2006), "Delito político y derecho penal del enemigo", en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid, pp. 403-410 (también publicado en *Nueva doctrina penal*, nº 1, 2006, pp. 67-74).

EL MISMO (2002), *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, Valencia.

ORTS BERENGUER, Enrique (1995), *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia.

PALERMO, Omar (2006), *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona.

PARRY, John T. (2004), "Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 145-164.

PARRY, John T./WHITE, Welsh S. (2002), "Interrogating Suspected Terrorists: Should Torture Be an Option?", en *University of Pittsburgh Law Review*, 63, Summer, pp. 743-766.

PEARLSTEIN, Deborah (2005), "Reconciling Torture With Democracy", en *The NYU Review of Law and Security*, nº 4, April, pp. 3-4 (también publicado en GREENBERG, Karen J. (ed.) (2006), *The Torture Debate in America*, New York, pp. 253-255).

PERRON, Walter (1995), "Justificación y exculpación en Derecho Penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)", en ESER, Albin/GIMBERNAT, Enrique/PERRON, Walter (eds.), *Justificación y exculpación en Derecho Penal*, Madrid, pp. 73-106, traducido por M. Carmen Alastuey Dobón.

PFAFF, William (2005), "The Truth about Torture", en *The American Conservative* de 14 de febrero, ([http://www.amconmag.com/2005\\_02\\_14/article1.html](http://www.amconmag.com/2005_02_14/article1.html)).

POSNER, Richard A. (2004), "Torture, Terrorism and Interrogation", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 291-298.

PRESS, Eyal (2004), "In Torture We Trust?", en DARMER, M. Katherine B./BAIRD, Robert M./ROSENBAUM, Stuart E. (eds.), *Civil Liberties v. National Security in a Post-9/11 World*, New York, pp. 219-228.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep (1983), "Tirar a matar", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 21, pp. 729-744.

RAMSAY, Maureen (2006), "Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified", en *The International Journal of Human Rights*, vol. 10, nº 2, June, pp. 103-119.

ROTH, Kenneth (2005), "Torture Is Never Justified", en *Is Torture Ever Justified?*, United States of America, pp. 12-15.

ROXIN, Claus (1997), *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Madrid, traducido por Miguel Díaz y García Conlledo, Diego Manuel Luzón Peña y Javier de Vicente Remesal.

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel (1994), "El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal", en *La Ley*, nº 4, pp. 1.114-1.124.

SÁNCHEZ GARCÍA, M<sup>a</sup> Isabel (1995), *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, Barcelona.

SCARRY, Elaine (2004), "Five Errors in the Reasoning of Alan Dershowitz", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 281-290.

SHUE, Henry (2004), "Torture", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 47-60.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (1982), "Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascículo III, pp. 663-691.

SKOLNICK, Jerome H. (2004), "American Interrogation. From torture to trickery", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 105-127.

STEINHOFF, Uwe (2006), "Torture — The Case for Dirty Harry and against Alan Dershowitz", en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, n° 3, pp. 337-353.

SUNG, Chanterelle (2003), "Torturing the Ticking Bomb Terrorist: an Analysis of Judicially Sanctioned Torture in the Context of Terrorism", en *Boston College Third World Law Journal*, 23, n° 1, pp. 193-212.

SUSSMAN, David (2005), "What's wrong with torture?", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, n° 1, January, pp. 1-33.

WAGNER, Markus (2003), "The Justification of Torture. Some Remarks on Alan M. Dershowitz -Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 63/3, pp. 817-827.

WALDRON, Jeremy (2005), "Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House", en *Columbia Law Review*, 105, October, pp. 1.681-1.750.

WEISBERG, Richard H. (2004), "Loose Professionalism, or Why Lawyers Take the Lead on Torture", en LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A Collection*, Oxford, pp. 299-305.